



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento - ICPD
Programa de Mestrado em Direito e Políticas Públicas

CARLOS ANTÔNIO VIEIRA FERNANDES FILHO

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROFISSIONAL LIBERAL PELO FATO DO
SERVIÇO: aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova**

**BRASÍLIA
2019**

CARLOS ANTÔNIO VIEIRA FERNANDES FILHO

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROFISSIONAL LIBERAL PELO FATO DO
SERVIÇO: aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito e Políticas Públicas do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, na área de concentração, Políticas Públicas, Sociedade Civil e Proteção da Pessoa, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Hector Valverde Santanna.

**BRASÍLIA
2019**

CARLOS ANTÔNIO VIEIRA FERNANDES FILHO

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROFISSIONAL LIBERAL PELO FATO DO
SERVIÇO: aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova**

Dissertação apresentada ao Programa de
Mestrado em Direito e Políticas Públicas
do Centro Universitário de Brasília –
UniCEUB, na área de concentração,
Políticas Públicas, Sociedade Civil e
Proteção da Pessoa, como requisito para
obtenção do título de Mestre em Direito.

BRASÍLIA, 20 DE AGOSTO DE 2019

BANCA EXAMINADORA

Prof. Hector Valverde Santanna, Dr.
Orientador

Prof. Luís Carlos Martins Alves Júnior, Dr.

Prof. Luiz Rodrigues Wambier, Dr.

Ficha Catalográfica Elaborada pela Bibliotecária Iris Soares Lourenço CRB1/ 1818.

F363r

Fernandes Filho, Carlos Antônio Vieira.

Responsabilidade civil do profissional liberal pelo fato do serviço: aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova/ Carlos Antônio Vieira Fernandes Filho. – Brasília: Uniceub, 2019.

154 f.

Orientação: Prof. Dr. Hector Valverde Santanna.

Dissertação (Mestrado em Direito e Políticas Públicas) – Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, Programa de Mestrado em Direito e Políticas Públicas, 2019.

Inclui bibliografia.

1. Responsabilidade civil. 2. Profissional liberal. 3. Ônus da prova. 4. Direito do consumidor. I. Título.

CDU 347.451.031

Dedico a presente dissertação ao meu filho, fruto do meu amor, maior dos presentes por mim recebido, gerado e nascido durante a produção deste trabalho.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Deus e ao seu filho, Jesus Cristo, que sempre estiveram ao meu lado em minha caminhada, dando-me suporte para todos os desafios enfrentados.

Ao meu orientador, Hector Valverde Santanna, pelo exemplo e pelo ensinamento. Nos momentos de maior dificuldade, sempre se fez presente de maneira essencial.

Aos meus pais, de quem tive o suporte para minha formação como homem, estudante e profissional. Ensinaram-me o necessário para que eu pudesse caminhar com minhas próprias pernas.

Aos meus sócios e amigos, que sempre torceram por mim.

Em especial, à minha esposa, companheira de vida, compreensiva e carinhosa, incentivadora de todos os meus projetos e alicerce da minha casa.

Meu muito obrigado!

RESUMO

O artigo 14, §4º, do Código de Defesa do Consumidor (CDC), estabelece que a responsabilidade dos profissionais liberais pelo fato do serviço deverá ser apurada mediante a verificação de culpa. A presente dissertação demonstrará qual a melhor interpretação que o aplicador do direito deverá dar ao citado artigo. A responsabilidade civil moderna tem a função primordial de proteção da vítima por meio de sua reparação. O consumidor é considerado um vulnerável merecedor de proteção especial. A relação travada entre o consumidor e o profissional liberal deve ser observada no contexto do direito material e do direito processual. Apresenta-se três hipóteses para interpretação e aplicação do artigo 14, §4º, do CDC. A primeira verifica a possibilidade de objetivação da responsabilidade do profissional liberal, afastando-se a culpa da qualidade de pressuposto da responsabilidade civil, com vistas à sua função reparatória que ao final protegeria a vítima. Todavia, as características particulares do profissional liberal, como também a redação do citado artigo do Código de Defesa do Consumidor, não deixam margem para que sua responsabilidade seja objetiva, não se apresentando como solução viável para o caso. A limitação que o direito material impõe ao consumidor, em razão do óbice da culpa, leva a discussão para o direito processual. A segunda hipótese apresentada se assenta na análise da distribuição estática do ônus da prova e de sua flexibilização consubstanciada no artigo 6º, VIII, do CDC, que prevê a possibilidade de inversão do ônus da prova quando presente a verossimilhança das alegações ou a hipossuficiência da vítima. Percebe-se que a jurisprudência trouxe interpretação própria quanto ao cabimento da inversão do ônus da prova, distante do texto legal, entendendo que caberia inversão quando a natureza da obrigação contratada fosse de resultado, e não caberia quando a natureza da obrigação contratada fosse de meio. A distribuição estática do ônus da prova desrespeita, em inúmeras situações, a igualdade substancial das partes na relação travada entre o consumidor e o profissional liberal. A inversão do ônus da prova, nos moldes da lei ou da criação jurisprudencial, é insuficiente para cuidar de todos os feitos, o que demanda uma nova solução. A terceira hipótese estudada cuida da aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova, prevista no artigo 373, §1º, do Código de Processo Civil (CPC), ao processo travado entre o consumidor e o profissional liberal. Observa-se que distribuir o ônus da prova para quem detenha as melhores condições de assumir esse encargo iguala a diferença material das partes com a utilização de uma ferramenta processual, ajudando na busca pela verdade real dos fatos e otimizando a aplicação da garantia constitucional do devido processo legal.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Direito do consumidor. Profissional liberal. Ônus da prova. Inversão. Distribuição dinâmica.

ABSTRACT

Article 14, Paragraph 4 of the Consumer Protection Code states that the liability of self-employed professionals for the fact of the service shall be ascertained through the verification of fault. This dissertation will show the best interpretation that the law enforcer should give to this article. Modern civil liability has the primary function of protecting the victim through his reparation. The consumer is considered a vulnerable deserving of special protection. The relationship between the consumer and the liberal professional must be observed in the context of substantive and procedural law. Three hypotheses are presented for the interpretation and application of Article 14, Paragraph 4 of the Consumer Protection Code. The first verifies the possibility of objectification of the responsibility of the liberal professional, removing the guilt of the presupposition of civil liability, with a view to its reparatory function that would ultimately protect the victim. However, the particular characteristics of the liberal professional, as well as the wording of the aforementioned article of the Consumer Protection Code, leave no room for his responsibility to be objective, not presenting itself as a viable solution to the case. The limitation that substantive law imposes on the consumer, because of the guilty reason, leads the discussion to procedural law. The second hypothesis is based on the analysis of the static distribution of the burden of proof and its flexibility embodied in Article 6, VIII of the Consumer Protection Code, which provides for the possibility of reversal of the burden of proof when the likelihood of allegations is present. or the hyposufficiency of the victim. It is clear that the jurisprudence brought its own interpretation as to the appropriateness of reversing the burden of proof, far from the legal text, understanding that reversal would fit when the nature of the contracted obligation was a result, and would not fit when the nature of the contracted obligation was of medium. The static distribution of the burden of proof in many situations violates the substantial equality of the parties in the relationship between the consumer and the liberal professional. The inversion of the burden of proof, in accordance with the law or the jurisprudential creation, is insufficient to take care of all the deeds, which demands a new solution. The third hypothesis studied deals with the application of the dynamic distribution of the burden of proof, provided for in Article 373, Paragraph 1 of the Code of Civil Procedure, to the process between the consumer and the liberal professional. It is observed that distributing the burden of proof to those who have the best conditions to assume this burden equals the material difference of the parties with the use of a procedural tool, helping in the search for the real truth of the facts and optimizing the application of the constitutional guarantee of due legal process.

Keywords: Civil responsibility. Consumer law. Liberal professional. Burden of proof. Inversion. Dynamic distribution.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
 CAPÍTULO 1 – A VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR DIANTE DO PROFISSIONAL LIBERAL: DIFICULDADE NA REPARAÇÃO DA VÍTIMA	14
1.1 A reparação da vítima como função primordial da responsabilidade civil atual	14
1.1.1 <i>Da vingança coletiva à socialização dos riscos: os pressupostos tradicionais da responsabilidade civil</i>	<i>15</i>
1.1.2 <i>Os novos pressupostos da responsabilidade civil.....</i>	<i>24</i>
1.1.3 <i>As funções da responsabilidade civil: prevalência da reparação da vítima</i>	<i>40</i>
1.2 Os profissionais liberais regulados pelo Código de Defesa do Consumidor: aplicação do princípio da vulnerabilidade	45
1.3 Qualificação jurídica do profissional liberal na relação de consumo: manutenção do filtro de reparação baseado na culpa.....	55
 CAPÍTULO 2 – AUSÊNCIA DE IGUALDADE SUBSTANCIAL DO PROFISSIONAL LIBERAL EM RELAÇÃO AO SEU CONSUMIDOR OCASIONADO PELO ATUAL REGIME DE DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA	67
2.1 O direito à regular produção de prova pelo consumidor: efetividade do direito constitucional ao devido processo legal	67
2.2 Distribuição estática do ônus da prova aplicada na relação entre profissionais liberais e seus consumidores: descumprimento do princípio da igualdade substancial das partes	75
2.3 A inconsistência da inversão do ônus da prova fundada na natureza da obrigação..	83
 CAPÍTULO 3 – A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA COMO INSTRUMENTO DE EQUILÍBRIO DA RELAÇÃO ENTRE O PROFISSIONAL LIBERAL E O CONSUMIDOR	99
3.1 O alcance da igualdade substancial das partes na aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova: diferenças e semelhanças entre a inversão do ônus da prova e a distribuição dinâmica do ônus da prova	99
3.2 A distribuição dinâmica do ônus da prova na prática processual dos profissionais liberais como fornecedores das relações de consumo.....	118
 CONCLUSÃO.....	134
 REFERÊNCIAS	139

INTRODUÇÃO

A sociedade brasileira, acompanhando um fenômeno mundial, foi profundamente alterada entre os séculos XX e XXI, havendo a passagem da população do campo para a cidade, com largo crescimento demográfico, acompanhado de um aumento na produção de bens e na oferta de serviços.

O homem transformou o seu consumo tradicional em consumismo¹, com a aquisição cada vez maior de produtos e serviços, seja por opção, imposição legal, ou até mesmo por compulsão². Tornou-se o *homo consumericus*, um “turboconsumidor desajustado, instável e flexível, amplamente liberto das antigas culturas de classe, imprevisível em seus gostos e em suas compras”³, vulnerável nas relações de consumo firmadas com os fornecedores dos produtos e serviços por ele almejados.

As injustiças advindas das relações de consumo demandam um aparato jurídico vocacionado à regulação dessa seara, de onde emanem institutos como o da responsabilidade civil, tradicionalmente conceituada como a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano causado a outrem, em razão de ato próprio, ou de ato de pessoa por quem se responda, ou de fato ou coisa ou animal sob sua guarda, ou ainda de simples imposição legal. A responsabilidade civil consolida-se como uma instituição, enquanto assecuratória de direitos; verdadeiro estuário para onde acorrem os injustiçados e prejudicados. Trata-se de dever jurídico consequente do descumprimento de obrigação originária.⁴

Independentemente de ter como fonte uma relação jurídica obrigacional preexistente, ou por simples violação de obrigação imposta pela lei, quem infringe

¹ BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 38.: “Foi sugerido (e essa sugestão é seguida e desenvolvida no restante desse capítulo) que um ponto de ruptura de enormes consequências, que, poderíamos argumentar, mereceria o nome de ‘revolução consumista’, ocorreu milênios mais tarde, com a passagem do consumo para o ‘consumismo’, quando aquele, como afirma Colin Campbell, tornou-se ‘especialmente importante, se não central’ para a vida da maioria das pessoas, ‘o verdadeiro propósito da existência’”.

² PRUX, Oscar Ivan. *Responsabilidade civil do profissional liberal no Código de Defesa do Consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 24.

³ EBERLIN, Fernando Büscher Von Teschenhausen. *O tratamento jurídico da publicidade na sociedade de consumo*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2009. p. 23.

⁴ STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 179.

dever jurídico e causa dano a outrem é obrigado a indenizar.⁵ Percebe-se, assim, o cuidado que o ordenamento jurídico presta ao sujeito lesado, merecedor de toda a tutela jurisdicional em sua proteção, fundada nos preceitos da responsabilidade civil.

O Estado, por sua vez, atento à função de regular condutas e proteger o indivíduo, evoluiu sua legislação para tratar com novo enfoque a sociedade do consumismo. No Brasil, foi sancionada a Lei n. 8.078/90, também conhecida como Código de Defesa do Consumidor (CDC), que define as figuras do consumidor e do fornecedor, qualificando o primeiro como vulnerável⁶ e merecedor de tratamento especial, consubstanciado na opção pela regra da responsabilização objetiva do fornecedor, ou seja, sem a necessidade de se comprovar a culpa⁷.

A legislação, entretanto, disciplinou o tema de forma diferente em um caso específico, fugindo da regra geral da responsabilidade objetiva e optando pela responsabilidade subjetiva, que é a hipótese do profissional liberal⁸. Trata-se de uma categoria de pessoas que exercem seu ofício com pessoalidade, liberdade e independência, por meio de conhecimentos técnicos ou acadêmicos, como por exemplo o médico, o dentista, o engenheiro, o contador, dentre outros⁹. Deve-se comprovar a culpa na conduta do profissional liberal para que este seja

⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 29.

⁶ BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em: 12 jun. 2017: “Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo”.

⁷ BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em: 12 jun. 2017: “Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos”.

⁸ CAVALIERE FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 367.: “Algumas profissões, pelos riscos que representam para a sociedade, estão sujeitas a disciplina especial. O erro profissional, em certos casos, pode ser fatal, razão pela qual é preciso preencher requisitos legais para o exercício de determinadas atividades laborativas, que vão desde a diplomação em curso universitário, destinado a dar ao profissional habilitação técnica específica, até a inscrição em órgão especial. Estão nesse elenco os médicos, dentistas, farmacêuticos, engenheiros etc.”

⁹ OLIVEIRA, Marcelo Leal de Lima. *Responsabilidade civil odontológica*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 68.

responsabilizado civilmente por dano causado a um consumidor, nos termos do artigo 14, §4º, do CDC¹⁰.

A exigência de comprovação da culpa tornou-se um grande entrave às reparações das pessoas lesadas, apesar das características particulares que diferenciam a relação entre profissional liberal e seus consumidores, baseada na personalidade, na confiança e, em geral, na ausência de disparidade econômica entre as partes¹¹. Isso porque fica sob responsabilidade do consumidor a demonstração da conduta culposa do profissional (ônus da prova), o que exige uma quantidade de dados e provas mais difíceis de se obter.

A reparação dos consumidores lesados pelos profissionais liberais é extremamente necessária. No Brasil, estudos realizados comprovam que o erro médico mata mais do que o câncer. Todavia, dos poucos consumidores que acionam a Justiça em busca de reparação, apenas cerca de 40% (quarenta por cento) conseguem obter uma decisão favorável¹². Assim, apesar de ser um dos maiores casos de mortes no nosso país, poucas pessoas tentam obter a reparação civil devida no Judiciário por erro médico e, das que tentam, apenas 40% (quarenta por cento) conseguem uma decisão que lhes assista.

Diante da problemática caracterizada pela excepcionalidade prevista no CDC (responsabilidade subjetiva do profissional liberal), em confronto com a necessidade de reparação do consumidor, o problema de pesquisa se assenta em qual seria a maneira correta de aplicação do artigo 14, §4º, do CDC. Referido artigo exige que o consumidor comprove a culpa na conduta do profissional liberal para alcançar a reparação pretendida, ao dispor que a responsabilidade pessoal do profissional liberal será apurada mediante a verificação da culpa. Para tanto, resta necessária a apresentação de prova da culpa baseada em documentos e análises técnicas, que geralmente não estão em poder do consumidor.

¹⁰ BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em: 12 jun. 2017: “Art. 14. [...] § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”.

¹¹ PRUX, Oscar Ivan. *Responsabilidade civil do profissional liberal no Código de Defesa do Consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 36.

¹² SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO MÉDICO E BIOÉTICA. Paraná lidera condenações por erro médico. 27 fev. 2015. Disponível em: <http://anadem.org.br/site/parana-lidera-condenacoes-por-erros-medicos/>. Acesso em: 20 fev. 2017.

O profissional liberal é o especialista no serviço que presta, transitando com destreza pela ciência que aplica. O ato danoso, previsto no artigo 14, §4º, do CDC, é proveniente da prestação de serviço especializada do profissional liberal, que se aprofundou no estudo da técnica aplicada. Consegue, portanto, explicar com mais clareza e precisão a cadeia lógica dos atos praticados, assim como o motivo da consequência danosa.

Algumas hipóteses são desenvolvidas como resposta ao problema apresentado. A primeira hipótese se refere à análise da possibilidade de objetivação da responsabilidade do profissional liberal diante da função reparatória da responsabilidade civil. Sabe-se que a responsabilidade civil possui algumas funções, dentre as quais a reparatória, cuja visão é centrada na proteção e reparação da vítima, figura como mais importante. Trata-se da análise da possibilidade de responsabilidade civil objetiva do profissional liberal, afastando-se a análise da culpa, fundada no estudo da legislação consumerista, em conjunto com os princípios constitucionais brasileiros, em resposta à função reparatória da responsabilidade civil.

A segunda hipótese trabalha com a análise da igualdade substancial das partes perante o atual regime de distribuição do ônus da prova. Centra-se na análise da produção probatória como decorrente do princípio constitucional do devido processo legal, o qual almeja o processo justo, cuja materialidade se perfaz no tratamento desigual para as partes que estão em situação de desigualdade, que no presente trabalho têm representação na relação jurídica travada entre o profissional liberal e o consumidor.

A distribuição estática do ônus da prova foi flexibilizada pela legislação consumerista, em razão da necessidade de se alcançar a igualdade substancial das partes. O artigo 6º, VIII, do CDC, prevê a inversão do ônus da prova nos casos de verossimilhança das alegações ou de hipossuficiência da parte. A jurisprudência foi além e estabeleceu a inversão do ônus da prova fundado na natureza da obrigação assumida, assim quando a obrigação for de resultado deverá haver a inversão do ônus da prova, enquanto nas obrigações de meio, mantém-se a distribuição estática.

A terceira hipótese cuida do estudo da aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova, prevista no artigo 373, §1º, do CPC¹³, aos processos que analisam os casos de fato do serviço do profissional liberal, nos termos do artigo 14, §4º, do CDC. A distribuição dinâmica do ônus da prova, fundada nos princípios da igualdade substancial das partes, da colaboração, da solidariedade e da justiça redistributiva do processo, permite abordagem inovadora acerca da imputação do ônus da prova, cujos efeitos refletem na função reparatória da responsabilidade civil e, ato contínuo, na proteção do consumidor.

A presente dissertação se enquadra na linha de pesquisa número três do Mestrado em Direito e Políticas Públicas do UNICEUB, dentro do estudo sobre Políticas Públicas, Sociedade Civil e Proteção da Pessoa, ao se aprofundar na análise dos mecanismos de proteção do consumidor nos casos de dano decorrente de fato do serviço prestado pelo profissional liberal, notadamente em virtude de ser o único caso de responsabilidade subjetiva previsto no Código de Defesa do Consumidor.

O trabalho tem como objetivo geral a pesquisa da melhor aplicação do artigo 14, §4º, do CDC, considerando-se a função da responsabilidade civil em conjunto com todo o ordenamento jurídico consumerista e constitucional, que deve servir de parâmetro para a incidência de lei processual que alcance a igualdade substancial das partes, com a proteção da pessoa do consumidor.

Tem-se como objetivos específicos a demonstração da erosão dos filtros da responsabilidade civil, decorrente da massificação das relações de consumidor, em movimento contrário à previsão legal de responsabilidade subjetiva do profissional liberal; pesquisar as peculiaridades do profissional liberal que fundamentam seu tratamento excepcional pela lei consumerista; apresentar o atual sistema de distribuição do ônus da prova aplicado no Brasil, debatendo-se o caso de inversão do ônus da prova previsto no Código de Defesa do Consumidor e a forma de sua

¹³ BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 13 jun. 2017.: “Art. 373 [...] §1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído”.

aplicação pelo Judiciário; analisar aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova aos processos que cuidam de fato do serviço causado pelo profissional liberal.

Analisar-se-á, no primeiro capítulo, a função preponderante da responsabilidade civil moderna e os motivos que levaram a reparação da vítima a ocupar privilegiada posição no ordenamento jurídico atual. O arcabouço legal brasileiro detém tratamento específico destinado ao profissional liberal dentro da legislação consumerista. Nesse contexto, necessário se faz a análise da qualificação jurídica do profissional liberal, da definição de quem faz parte desse grupo de pessoas e quais as peculiaridades de sua atividade que a destaca das demais, tudo isso baseado nos princípios e nas regras inerentes à relação consumerista, como também nas decisões judiciais, verificando-se a necessidade de uma solução processual justa que alcance a reparação da vítima de maneira mais efetiva.

O segundo capítulo é desenvolvido com base na participação das partes na instrução processual dos casos enfrentados pelo profissional liberal e o seu consumidor no momento do litígio. A importância da efetiva produção da prova para a busca da verdade real dos fatos, que muitas vezes não é alcançada pela distribuição estática do ônus da prova. A insuficiência do mecanismo de inversão do ônus da prova previsto no artigo 6º, VIII, do CDC e da construção jurisprudencial que definiu a distribuição do ônus probatório com base na natureza da obrigação assumida pelo profissional liberal, invertendo o ônus nas obrigações de resultando e mantendo a distribuição estática nas obrigações de meio.

O terceiro capítulo apresenta a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, positivada no ordenamento jurídico brasileiro por meio do artigo 373, §1º, do CPC. Diferencia-se a inversão do ônus da prova previsto no Código de Defesa do Consumidor e a distribuição dinâmica do Código de Processo Civil, mostrando suas especificidades e quando o aplicador do direito poderá se valer de cada um dos institutos. A igualdade substancial das partes, o respeito ao devido processo legal e a busca pela justa reparação da vítima são os fins a serem alcançados pela aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova à relação jurídica tratada pelo artigo 14, §4º, do CPC.

CAPÍTULO 1 – A VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR DIANTE DO PROFISSIONAL LIBERAL: DIFICULDADE NA REPARAÇÃO DA VÍTIMA

1.1 A reparação da vítima como função primordial da responsabilidade civil atual

A responsabilidade civil é o gênero que rege a relação dos profissionais liberais com seus consumidores. Necessário se perfaz estudar a aplicação desse regramento nos diversos tipos de sociedade, com a análise de sua evolução, para se compreender se o seu efeito sobre a sociedade moderna, especialmente sobre o consumidor do profissional liberal, está de acordo com a essência da responsabilidade civil, assim também o que pode ser feito para se atingir o melhor modelo jurídico possível.

Os institutos tradicionais da responsabilidade civil, uma vez considerados seus pressupostos condicionantes, estão sofrendo mutação constante, por vezes com completa alteração estrutural. A análise dos novos pressupostos da responsabilidade civil é imprescindível para se buscar, por meio deles, qual a solução adequada às características próprias do profissional liberal e de seus consumidores.

Abordar-se-á a evolução histórico conceitual da responsabilidade civil, para se aproximar do sentido que tal instituto quer empregar na relação do profissional liberal com o seu contratante, fundamentando-se a melhor aplicação a ser demonstrada na relação contratual e consumerista entre esses sujeitos.¹⁴

¹⁴ MIGUEL, Frederico de Ávila. *Responsabilidade civil: evolução e apanhado histórico: a problemática da efetiva reparação do dano suportado pela vítima em razão da culpa como pressuposto*. Disponível em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/280207.pdf>. Acesso em: 9 out. 2018.: “Aludida busca sempre existiu. Em todos os tempos o dano foi combatido pelo lesado. Todavia a forma de combater foi se alterando, sofrendo modificações de acordo com o pensamento da época em que ocorria o dano. Essa evolução culminou com a responsabilidade civil do agente causador do dano, a qual, no entanto, não permanece estática, mas sim em contínua evolução, exigida pelo dinamismo da própria sociedade, que está sempre a buscar um direito mais justo e eficiente. A verificação dessa evolução, bem como da correlação existente com a responsabilidade penal, é fundamental para uma melhor compreensão do instituto da responsabilidade civil no âmbito do direito brasileiro moderno e, também, para a análise de sua efetividade na sociedade contemporânea”.

1.1.1 Da vingança coletiva à socialização dos riscos: os pressupostos tradicionais da responsabilidade civil

A palavra responsabilidade, no dicionário, assinala uma espécie de obrigação, o dever se responsabilizar alguém pelo próprio comportamento ou pelas ações de outrem. Indica também a natureza ou a condição de responsável, daquele que assume obrigações; juridicamente, é conceituada como a obrigação que resulta do desrespeito a algum direito, através de uma ação contrária ao ordenamento jurídico.¹⁵

A responsabilidade, ao que mais interessa a este trabalho, corresponde a uma obrigação – a um dever – de responder ou prestar contas pelos próprios atos ou pelos atos de outrem. Pode-se dividi-la em duas espécies distintas: a de imputar determinado ato e seus efeitos a um agente, que é seu conteúdo normativo, e a possibilidade de sujeitar alguém ou algo às consequências de determinado comportamento, conteúdo factual.¹⁶

Vinculando-se o conceito de responsabilidade ao de dano, compreende-se que aquela é a obrigação de reparar quaisquer danos antijurídicos causados a outrem, dividindo-se em duas modalidades, sendo a primeira a obrigação de reparar danos advindos de inadimplemento de uma relação negocial e a segunda a obrigação de reparar danos resultantes da violação de direitos de terceiro.¹⁷

A ideia de responsabilidade se confunde com a própria noção de coletividade humana. O que se observa, na história da humanidade e de sua existência, é que o homem sempre buscou e necessitou se relacionar com outros homens, quer para a simples subsistência, quer para a sobrevivência grupal, assim como para seu desenvolvimento advindo das trocas de materiais e objetos.¹⁸ Diante

¹⁵ RIBEIRO, Débora; NEVES, Flávia. *Dicionário online de português*. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/responsabilidade/>. Acesso em: 10 dez. 2018.

¹⁶ MARINANGELO, Rafael. Um panorama histórico sobre a evolução da responsabilidade civil objetiva. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, v. 33, p. 55-96, jun. 2014. p. 55. : “Fernando Pessoa Jorge explica que o termo responsabilidade ‘corresponde à ideia geral de responder ou prestar contas pelos próprios actos, a qual, por sua vez, pode assumir duas tonalidades distintas: a susceptibilidade de imputar, dum ponto de vista ético lato sensu, determinado acto e seus efeitos ao agente, e a possibilidade de fazer sujeitar alguém ou alguma coisa às consequências de certo comportamento.”

¹⁷ NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 88, v. 761, p. 31-44, mar. 1999. p. 31.

¹⁸ BÔAS, Regina Vera Villas. Marcos relevantes da história da responsabilidade civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 100, n. 908, p. 145-169, jun. 2011. p. 146.

desse contexto, afigura-se importante apresentar marcos históricos de pressupostos da responsabilidade.

Os homens, nas sociedades chamadas de primitivas, viviam em pequenos agrupamentos onde imperava a vingança coletiva, na qual a coletividade, por meio de seus integrantes, punia o dano sofrido por um de seus membros com a exclusão ou a morte de quem o causou, sem regras definidas quanto a intensidade ou a vinculação da pena.¹⁹ Nesse contexto, enquadram-se, por exemplo, os índios²⁰ encontrados no Brasil na época da colonização europeia.

A vingança coletiva posteriormente (mas ainda nas sociedades primitivas e nas da Antiguidade) transformou-se em vingança privada, modalidade de reação imediata, selvagem, brutal e desproporcional²¹. Reparava-se o mal com o cometimento de outro mal. Não se cogitava culpa, bastava a ocorrência do dano para ensejar a vingança.²² Regulamentações nesse sentido passaram a surgir, como a Lei de Talião²³, oportunidade em que o Estado passou a dizer como e quando a vítima poderia exercer sua vingança privada, na proporção do dano sofrido, segundo a máxima olho por olho, dente por dente, sangue por sangue²⁴.

As pessoas passaram a perceber, cada vez mais, a ineficiência da vingança, seja sob o viés coletivo ou privado. Os pensadores, principalmente gregos, evoluem

¹⁹ GUIMARÃES, Luiz Ricardo. *Responsabilidade civil: histórico e evolução: conceitos e pressupostos. culpabilidade e imputabilidade.* Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/19911/Responsabilidade%20C%C3%ADvil.pdf>. Acesso em: 14 set. 2018.

²⁰ BÔAS, Regina Vera Villas. Marcos relevantes da história da responsabilidade civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 100, n. 908, p. 145-169, jun. 2011. p. 151.: “Pode-se afirmar que, ainda hoje, continua presente em comunidades indígenas a crença nos mistérios celestes, que distanciados da razão lógica do homem citadino, continuam a influenciar a aplicação das sanções pelas autoridades das comunidades.”

²¹ MOLTOCARO, Thaiane Martins; TAMAOKI, Fabiana Junqueira. *Responsabilidade civil: da evolução histórica ao estudo do dano moral.* Disponível em: <https://periodicosonline.uems.br/index.php/RJDSJ/article/viewFile/678/644>. Acesso em: 12 out. 2018.

²² MIGUEL, Frederico de Ávila. *Responsabilidade civil: evolução e apanhado histórico: a problemática da efetiva reparação do dano suportado pela vítima em razão da culpa como pressuposto.* Disponível em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/280207.pdf>. Acesso em: 9 out. 2018.

²³ MIGUEL, Frederico de Ávila. *Responsabilidade civil: evolução e apanhado histórico: a problemática da efetiva reparação do dano suportado pela vítima em razão da culpa como pressuposto.* Disponível em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/280207.pdf>. Acesso em: 9 out. 2018.

²⁴ GUIMARÃES, Luiz Ricardo. *Responsabilidade civil: histórico e evolução: conceitos e pressupostos. culpabilidade e imputabilidade.* Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/19911/Responsabilidade%20C%C3%ADvil.pdf>. Acesso em: 14 set. 2018.

na compreensão dos fenômenos e do próprio homem, que passa a se voltar intensamente para a economia, para o bem-estar. Surge o período da composição, no qual a vingança começa a ser substituída por uma compensação econômica²⁵, sendo que parte da doutrina considera o *Verhgeld*, instituto do direito germânico, como o primórdio da reparação do dano²⁶, através do qual o dano passa a ser reparado por meio da prestação da *poena*, uma espécie de resgate da culpa, mediante a qual o ofensor adquire direito ao perdão do ofendido.²⁷

A composição deixa de ser voluntária e passa a ser obrigatória com o surgimento da autoridade soberana, com fundamento em legislações então elaboradas, como os Códigos de Ur Manu e a Lei das XII Tábuas²⁸, oportunidade em que a função de punir é outorgada ao Estado. Há, aqui, a divisão entre responsabilidade civil e responsabilidade penal, que até então se confundiam.

A indenização exclusivamente pecuniária só se consolida tempo depois, com a adoção da *Lex Poetelia Papiria*, no ano de 326 a.C. Dispunha-se na referida lei que aquele que causasse danos injustificados a um escravo, animal ou outra coisa alheia, somente responderia com seu patrimônio, sendo vedado a penhora da pessoa do devedor.²⁹ Até esse momento, não havia previsão da culpa como fundamento da responsabilidade, que era objetiva, sem análise da culpa, bastando a

²⁵ MOLTOCARO, Thaiane Martins; TAMAOKI, Fabiana Junqueira. *Responsabilidade civil: da evolução histórica ao estudo do dano moral*. Disponível em: <https://periodicosonline.uems.br/index.php/RJDSJ/article/viewFile/678/644>. Acesso em: 12 out. 2018.: “Posteriormente, dá-se origem ao período da composição, por meio da qual a vingança foi substituída por uma compensação econômica, constituindo uma forma de recomposição do dano sofrido. A emoção foi suprida pela razão, pois o homem passa a se preocupar com o dano suportado, deixando de lado o sentimento de vingança, buscando uma solução a fim de alcançar a recomposição dessas perdas.”

²⁶ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p. 46.

²⁷ GUIMARÃES, Luiz Ricardo. *Responsabilidade civil: histórico e evolução: conceitos e pressupostos. culpabilidade e imputabilidade*. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/19911/Responsabilidade%20C%C3%ADvil.pdf>. Acesso em: 14 set. 2018.

²⁸ MIGUEL, Frederico de Ávila. *Responsabilidade civil: evolução e apanhado histórico: a problemática da efetiva reparação do dano suportado pela vítima em razão da culpa como pressuposto*. Disponível em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/280207.pdf>. Acesso em: 9 out. 2018.: “Vale mencionar que data dessa época a origem da ação de indenização, fato que, na Idade Média, colocou a responsabilidade civil ao lado da penal, distinguindo-as. Nessa fase é que, também, se verifica o aparecimento da responsabilidade contratual”.

²⁹ CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A culpa na responsabilidade civil: estrutura e função*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 123-124.

conduta danosa do agente, o dano causado e o nexo entre eles para a responsabilização.³⁰

As primeiras noções do que viria a ser a atual responsabilidade subjetiva advieram da *Lex Aquilia de Damno*, cuja origem remonta ao século III a.C.³¹ Alguns doutrinadores³² defendem que a culpa passou a figurar como pressuposto da responsabilidade civil com a referida lei³³, corrente da qual se discorda.

A organização da Europa e de suas instituições, na Alta Idade Média, era bastante precária e o poder disperso, com um Direito primitivo, consuetudinário e provinciano, minimamente relevante para este estudo. Entretanto, na Baixa Idade Média, a culpa encontra ambiente propício para expansão. Há a disseminação do Cristianismo pela Europa, em conjunto com o resgate e a fusão do direito romano com as premissas filosóficas e metodológicas do canonismo, além do crescimento cultural disparado pelas universidades, que eram, ao tempo, eclesiásticas.

A Igreja católica passa a ser a mais importante e sólida instituição da Europa, comportando-se como centro produtor de conhecimento, mormente após a conversão de Clóvis, na Europa Ocidental, de origem franca, e posteriormente Carlos Magno recebeu o título de sagrado imperador pelo papa Leão III, comprovando-se a força da Igreja no poder secular.³⁴

³⁰ MOLTOCARO, Thaiane Martins; TAMAOKI, Fabiana Junqueira. *Responsabilidade civil: da evolução histórica ao estudo do dano moral*. Disponível em: <https://periodicosonline.uems.br/index.php/RJDSJ/article/viewFile/678/644>. Acesso em: 12 out. 2018.: “A responsabilidade independia da culpa, tratando-se, portanto, daquilo que hoje reconhecemos como responsabilidade objetiva, sendo caracterizada pela reação do ofendido em face do fato gerador do dano”.

³¹ NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 88, v. 761, p. 31-44, mar. 1999. p. 32

³² PRUX, Oscar Ivan. *Responsabilidade civil do profissional liberal no Código de Defesa do Consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 68.: “Vale aqui ressaltar, a grande controvérsia existente entre os doutrinadores para determinar se o elemento culpa já se fazia ou não presente na *Lex Aquilia*. De um lado, sustentando posição favorável: *Marcel Planiol, Filipo Serafini, Alvino Lima, Edouard Cuq*, dentre outros. Sustentando posição contrária: *Emílio Betti, Pietro Dei Francisci, Giovanni Pacchioni, Arangio Ruiz, Henri e Leon Mazeaud*, etc. Ficamos com a posição firmada por *Caio Mario da Silva Pereira*, que, amparado em *Alvino Lima* e *José Carlos Moreira Alvas*, entende que, efetivamente, a *Lex Aquilia* já continha o elemento *culpa*, pois exigia: **a) damnum**, ou lesão na coisa; **b) iniuria**, ou ato contrário a direito; **c) culpa**, quando o dano resultava de ato positivo do agente, praticado com dolo ou culpa”.

³³ MARINANGELO, Rafael. Um panorama histórico sobre a evolução da responsabilidade civil objetiva. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, v. 33, p. 55-96, jun. 2014. p. 55.

³⁴ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p. 47.

O lugar antes ocupado pelo Império Romano agora passa a ser da Igreja católica³⁵, que viria a influenciar a construção da composição pecuniária e da responsabilidade civil também por meio de seus filósofos, como Santo Agostinho e São Tomás de Aquino, com fulcro nas crenças de que havia retribuição divina pelo arrependimento; de que a justiça terrestre era parcela da divina, efetivada por Cristo; e de que a autoridade civil do direito de castigar provinha de Deus e, por isso, seu exercício amoldava-se à justiça divina.

As sanções penais eram demasiadamente cruéis e arbitrárias no Absolutismo. Serviam como exercício do controle social do monarca, que garantia seu poder divino baseado no medo e na vassalagem dos súditos. Por conta de o Estado dizer e fazer o Direito, e estar soberanamente acima dos súditos – insista-se –, seria uma contradição vir a ser considerado culpado e ter de indenizar o particular por um ato contrário ao Direito, porque, por ser o Direito, tudo o que fazia era, e tinha de ser, de Direito. Assim, vigorava a máxima “*the king can do no wrong*” ou “*le roi ne peut mal faire*”, ou seja, traduzindo-se, “o Rei não pode errar”.³⁶

O marco da mudança em tal perspectiva foi a relevante controvérsia julgada em 8 de fevereiro de 1873, pelo Tribunal de Conflitos Francês, envolvendo a responsabilização do Estado pelo acidente ocorrido com uma criança de nome Agnès Blanco, que, ao atravessar uma rua da cidade francesa de Bordeaux, fora atropelada por uma vagonete da Companhia Nacional de Manufatura de Fumo.

Decidiu o Tribunal que a responsabilidade do Estado pelos danos causados aos particulares, por faltas cometidas por agentes públicos, não poderia ser regida pelos princípios estabelecidos no Código Civil então em vigor, cujas disciplinas atingiam somente as relações entre particulares; e que a responsabilidade civil do Estado não era geral e nem absoluta, sendo disciplinada por regras especiais destinadas a equilibrar os direitos do Estado com o Direito Privado.³⁷

Influenciando diretamente a Revolução Francesa e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, a filosofia do século XVIII também

³⁵ CATALAN, Marcos. *A morte da culpa na responsabilidade contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 175-176.

³⁶ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Problemas de responsabilidade civil do Estado. In: FREITAS, Juarez de. *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 41.

³⁷ GUGLIELMI, Guilles J. *Les très grandes décisions du droit administratif*: recueil de décisions juridictionnelles. Paris: Université Pantéon-Assas, 2009. Disponível em <https://www.guglielmi.fr/IMG/pdf/TGD.09.pdf>. Acesso em: 7 abr. 2019.

representou, para as sanções, a perda da função de reafirmar o poder do rei, as quais passaram a constituir uma represália em nome da sociedade, culminando no declínio do Absolutismo. A razão dos iluministas começou a afastar o caráter de penitência da pena, que se distanciou das questões espirituais e das justificativas metafísicas ou teológicas.³⁸

O Código Civil Francês de 1804, também conhecido como Código de Napoleão, surge para tratar exclusivamente dos ilícitos civis, apesar de manter a classificação romana das fontes das obrigações em delitos, quase delitos, contrato e quase contratos. Percebe-se a centralidade aplicada pelo legislador francês ao elemento culpa lato senso, tornando-o um verdadeiro pressuposto da responsabilidade civil, especificando-se a culpa estrito senso sob a forma de negligência ou imprudência. Por outro lado, a legislação francesa preferiu não graduar a culpa, defendendo sua apreciação em abstrato, com fundamento na figura do bom pai de família.³⁹

As normas do Código Civil Francês se transformaram em paradigma para as codificações europeias que o sucederam, como o Código Civil Austríaco, de 1812, o Código Civil unitário da Itália, de 1865, o Código Civil Português, de 1867, e o Código Civil Espanhol, de 1889. O Código Civil Brasileiro, de 1916, foi profundamente influenciado pelo Francês, consagrando a Teoria da Culpa e consignando, em seu artigo 159, a responsabilidade subjetiva como regra geral, baseada na ação ou omissão voluntária do agente que, por negligência ou imprudência violasse direito ou causasse prejuízo a outrem. Denota-se que a culpa passa a ser o fundamento nuclear da responsabilidade civil, apesar da ausência de sua definição legal, que terminou por ser enfrentada pela doutrina e pela jurisprudência.⁴⁰

³⁸ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p. 79-80.

³⁹ MARINANGELO, Rafael. Um panorama histórico sobre a evolução da responsabilidade civil objetiva. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, v. 33, p. 55-96, jun. 2014. p. 57.

⁴⁰ CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A culpa na responsabilidade civil: estrutura e função*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 138-149.: “Em resumo, o que se colhe desta breve referência aos diplomas civis projetados ou já vigentes no século XIX é a percepção da *culpa* como fundamento nuclear, senão único, da responsabilidade civil, o que também se explica pelo intenso individualismo que marcava a sociedade de então. Este instituto, entretanto, não encontrava uma definição legal e, em poucos casos, alguma referência ao critério utilizado para sua apreciação. Tais questões deveriam, conseqüentemente, ser enfrentadas pela doutrina e pela jurisprudência, as quais não só

No século XVIII, com a chamada Revolução Industrial, que culminou na explosão populacional e na elevada migração para as cidades, a legislação deixou de se preocupar apenas com o bem e a propriedade, centro do Estado Liberal, passando também a proteger a pessoa, o bem-estar do ser humano, sua satisfação, sua segurança, surgindo o Estado Social, com a modernização da legislação, administração, jurisprudência e opinião pública, projetando-se o conceito de solidariedade.⁴¹

Fundamentando-se nos novos valores sociais surgidos, no final do século XIX, constata-se que a exigência da culpa por parte da vítima do dano, em diversas ocasiões, é verdadeira prova diabólica, de difícil (ou até impossível) obtenção. Esforços começam a ser feitos no intuito de aliviar a carga probatória imposta à vítima, sem, contudo, abolir formalmente o instituto. Surge a presunção de culpa do ofensor, a transformação da culpa extracontratual em culpa contratual e a ideia de que certos contratos são geradores de obrigação de resultado e a própria negação da culpa com o retorno da responsabilidade objetiva, utilizada pelos antigos, mas agora lastreada num conceito geral de Teoria do Risco.⁴²

A moral, advinda do direito canônico, manteve e propagou a Teoria da Culpa. A necessidade de alcance da equidade gerou a Teoria do Risco. O jurista passou a analisar as questões econômicas em conjunto com as morais para dar uma resposta satisfatória à responsabilidade civil. É a dicotomia entre o direito à segurança do cidadão e o incentivo às atividades empresariais necessárias ao desenvolvimento da economia, tudo isso analisado sob o enfoque da solidariedade social.⁴³ O Código Civil Brasileiro de 2002 passa a adotar um sistema misto de

desenvolveram importantes teorias a respeito deste pressuposto da responsabilidade civil como também defenderam, ao menos para certas hipóteses, sua supressão”.

⁴¹ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010. p. 718.

⁴² CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A culpa na responsabilidade civil: estrutura e função*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 150-160.: “Esta teoria afirma, em síntese, que aquele que, com sua atividade, gera *risco* para os direitos de outrem, deve responder pelo dano conexo a esta mesma atividade. A problemática passa, portanto, a estar centrada unicamente na *relação de causa e efeito* entre a *atividade desenvolvida* e o *dano verificado*, não sendo desprovido de razão atribuir a esta responsabilidade *objetiva* o nome de responsabilidade por *mera causalidade*”.

⁴³ WALD, Arnoldo. A evolução da responsabilidade civil e dos contratos no direito francês e brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 95, n. 845, p. 81-94, mar. 2006. p. 87.

responsabilidade, mantendo a responsabilidade subjetiva como regra, mas prevendo hipóteses em que se aplica a responsabilidade objetiva⁴⁴.

A atual alteração no eixo de enfoque da responsabilidade civil alcança uma espécie de coletivização da responsabilidade, na qual se procura a menor oneração possível ao causador do dano e o melhor e mais rápido ressarcimento da pessoa que sofreu o dano, o que se observa, por exemplo, no seguro DPVAT, que protege os que sofrem acidentes de trânsito, por meio da seguridade social.⁴⁵ Inserida nesse contexto, está a evolução da responsabilidade civil dos profissionais liberais, que seguiu de maneira conservadora as mudanças legislativas que atingiram os diversos segmentos sociais⁴⁶.

Com a considerável elevação das relações de consumo, e em obediência aos comandos estampados no art. 5º, XXXII da Constituição Federal (CF) e no art. 48 das Disposições Constitucionais Transitórias, sancionou-se no Brasil, em setembro de 1990, a Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), diploma que traz em seu corpo, como regra geral, a aplicação da responsabilidade objetiva, prescindindo, portanto, do elemento culpa para que haja o dever de indenizar por parte do fornecedor.⁴⁷

⁴⁴ MOLTOCARO, Thaiane Martins; TAMAOKI, Fabiana Junqueira. *Responsabilidade civil: da evolução histórica ao estudo do dano moral*. Disponível em: <https://periodicosonline.uems.br/index.php/RJDSJ/article/viewFile/678/644>. Acesso em: 12 out. 2018.

⁴⁵ NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 88, v. 761, p. 31-44, mar. 1999. p. 34.: "A coletivização começa por se manifestar no desenvolvimento do seguro de responsabilidade civil, o qual se torna tanto mais necessário quanto mais avança a responsabilidade independente de culpa (ou objetiva). O seguro de responsabilidade passa a garantir melhor a reparação do dano sofrido pelo lesado, ao mesmo tempo que alivia o ônus incidente sobre o responsável: este fica transferido para a coletividade das pessoas que exercem uma mesma atividade, geradora do mesmo risco, e que são quem paga os prêmios relativos ao seguro respectivo. A coletivização, neste aspecto ligado ao seguro de responsabilidade civil, como se vê, começa sendo consequência da objetivação, para num segundo momento realimentar o movimento em direção a cada vez maior objetivação: ao garantir a reparação dos danos sofridos, ela potencializa a evolução da responsabilidade no sentido da progressiva objetivação. A responsabilidade civil fica cada vez mais dependente da possibilidade de o responsável fazer ou não seguro. Um segundo sentido em que a coletivização se manifesta é no desenvolvimento da seguridade social. Esta tem um objetivo que vai além do da previdência social: visa garantir a reparação, a cargo da própria sociedade, dos principais danos corpóreos que as pessoas podem sofrer, como a morte e a incapacidade para o trabalho".

⁴⁶ PRUX, Oscar Ivan. *Responsabilidade civil do profissional liberal no Código de Defesa do Consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 89-93.

⁴⁷ BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em: 12 jun. 2017.: "Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos."

O referido Código⁴⁸, todavia, criou exceção no tocante aos profissionais liberais - médicos, engenheiros, contadores, entre outros⁴⁹ - cuja responsabilidade deve ser apurada mediante verificação de culpa.⁵⁰ Até então, no Código Civil de 1916, todos os fornecedores respondiam de forma subjetiva pelos danos causados e a responsabilidade civil nas relações de consumo escorava-se na culpa decorrente de um ato ilícito.⁵¹

Esse diploma trouxe a lume uma nova área da responsabilidade civil, *sui generis* – a responsabilidade nas relações de consumo, tão vasta que não haveria nenhum exagero em afirmar que hoje a responsabilidade civil está dividida em duas partes: a tradicional e a das relações de consumo. A responsabilização civil do fornecedor já não tem um caráter de mácula moral, mas deve ser encarada como sistema de prevenção e reparação de danos acidentais inevitáveis, em que a avaliação da conduta de uma das partes (do fornecedor) conta pouco ou simplesmente não conta.⁵²

O regime de responsabilidade do fabricante não é mais o regime comum. Tal fenômeno social e jurídico ultrapassa a simples extensão da responsabilidade. Constitui, isso sim, a consciência de que a atividade empresarial está sujeita a regras que escapam àquelas definidas para as condutas individuais, não profissionais, que não constituem as atividades básicas do mercado de consumo.⁵³

⁴⁸ PRUX, Oscar Ivan. *Responsabilidade civil do profissional liberal no Código de Defesa do Consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 262.: Opção legislativa duramente criticada por parte da doutrina: "Cremos que o legislador se equivocou na forma de colocação da exceção. Não que ela não devesse existir, mas por ter sido estabelecida de forma genérica, como tábula rasa que ignora situações em que o clamor social pede solução diversa e, finalmente, por estar disposta apenas em uma seção de determinado capítulo, dando azo à possibilidade de confundir quem for instado a se debruçar sobre a questão."

⁴⁹ No Código de Hamurabi, havia a proteção do consumidor contra os arquitetos e empreiteiros de obra em decorrência de deficiência em construções. Os médicos que agissem com imperícia seriam condenados a indenização e, em certas situações, até a deixar a cidade. Os advogados, no tempo do Imperador Justiniano, foram obrigados a se registrar na Ordem de Advogados no Império Romano do Oriente, sob rígidos requisitos, o que demonstra a regulação legal atendida pelo profissional liberal no decorrer do tempo.

⁵⁰ BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em: 12 jun. 2017.: "Art. 14 [...] § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa."

⁵¹ STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 615.

⁵² CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 32.

⁵³ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Responsabilidade civil do fabricante e a defesa do consumidor*. São Paulo: RT, 1992. v. 3. p. 145-146.

A evolução do regramento da responsabilidade civil, ainda assim, pouco alcançou os profissionais liberais, que continuam a responder subjetivamente pelos danos causados, apesar de toda a revolução social ocorrida nos últimos séculos. Necessário se perfaz adentrar no estudo dos institutos tradicionais da responsabilidade civil e das mudanças perpassadas por cada um deles, para se verificar se é suficiente para a sociedade atual a aplicação que se dá ao profissional liberal nos danos causados por ele nas relações de consumo. Precisa-se verificar se a função de reparação da vítima está sendo alcançada nos danos causados pelo profissional liberal.

1.1.2 Os novos pressupostos da responsabilidade civil

O sistema brasileiro de responsabilidade civil já foi, há não muito tempo, bastante simples. Resumia-se, praticamente, ao artigo 159 do Código Civil de 1916, que dispunha a reparação do dano por quem, decorrente de ato comissivo ou omissivo, de forma negligente ou imprudente, violasse direito ou causasse prejuízo a outrem. Tratava-se de cláusula geral que consagrava a responsabilidade subjetiva e com culpa provada.⁵⁴

A responsabilidade civil, todavia, passou por toda a evolução histórica já retratada, notadamente em razão da Revolução Industrial, que chegou tardiamente ao Brasil. O desenvolvimento científico e tecnológico despertou o sentimento de justiça social na construção de uma sociedade mais solidária, o que repercutiu numa reorganização do Estado, com maior intervenção na sociedade para garantir a todos os cidadãos mais acesso a bens e serviços necessários a uma vida digna.⁵⁵

A matéria que ocupava espaço acanhado dentro do ordenamento jurídico brasileiro passou por larga expansão. Primeiro por meio de diversas leis especiais, como a Lei de Estradas de Ferro, de Acidente de Trabalho, do Seguro Obrigatório, dentre outras. Com a edição da Constituição Federal de 1988, normatizou-se o dano moral e se estendeu a responsabilidade objetiva a todos os prestadores de serviços

⁵⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 1.

⁵⁵ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 15.

públicos, além de se disciplinar diversas espécies de responsabilidade, como a nuclear.⁵⁶

O Código de Defesa do Consumidor consolidou a responsabilidade objetiva no ordenamento jurídico pátrio, alterando frontalmente a responsabilidade civil no contexto jurídico nacional, movimento que se consolidou com o Código Civil de 2002, que disciplinou o conteúdo em diversos artigos, prevendo casos de responsabilidade civil objetiva e aqueles em que a responsabilidade deverá ser subjetiva.

O movimento de expansão do regramento e da importância da responsabilidade civil no Brasil, como também em diversos outros países do mundo, rompeu com a qualificação original de seus pressupostos. Os requisitos construídos pela sociedade burguesa, baseados nos princípios da Revolução Francesa, foram se tornando obsoletos com a nova realidade mundial pós-Revolução Industrial. A guinada na função da responsabilidade civil, que passou a se ocupar com a reparação do dano e se preocupar com a vítima, mitigou os pressupostos tradicionais da responsabilidade civil.⁵⁷

A doutrina se centrou no estudo da ilicitude como pressuposto da responsabilidade civil, em conjunto com a culpa, o prejuízo ou dano e o nexo de causalidade.⁵⁸ O enfoque dado à culpa e ao pecado na construção da responsabilidade subjetiva, que predominou por muitos anos em todo o mundo e influenciou o Código Civil de 1916, colocava o agente causador do dano, e sua

⁵⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 5: “Temos como certo que o grande passo na revolução da responsabilidade civil foi dado pela Constituição de 1988, na medida em que pacificou a questão da indenização pelo dano moral (art. 5º, incisos V e X) e estendeu, no §6º do seu art. 37, a responsabilidade objetiva, tal qual a do Estado, a todos os prestadores de serviços públicos. [...] Além disso, a Constituição de 1988 disciplinou a responsabilidade por ato judicial (art. 5º, inciso LXXV), a responsabilidade por dano nuclear (art. 21, inciso XXIII, letra c) e a responsabilidade por danos ao meio ambiente (art. 225, §3º). Como se vê, a responsabilidade civil, que estava toda ela disciplinada em um único artigo do Código de 1916, ganhou *status* constitucional, passando a ter grandes área de incidência disciplinadas pela própria Constituição.”

⁵⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 9.: “Em outras palavras, a responsabilidade, antes centrada no sujeito responsável, volta-se agora para a vítima e a reparação do dano por ela sofrido. O dano, nessa nova perspectiva, deixa de ser apenas contra a vítima para ser também contra a coletividade, passando a ser um problema de toda a sociedade. Ao fim e ao cabo, a sociedade de nossos dias está em busca de uma melhor qualidade de vida e o direito é o instrumento poderoso para garantir essa aspiração maior das pessoas humanas. A uma sociedade de risco contrapõe-se a segurança social.”

⁵⁸ GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Elementos de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 50.: “24. Estes se extraem do art. 159, a saber: o ato ou fato voluntário (por ação ou omissão); a ilicitude; a culpa; o prejuízo ou dano; o nexo de causalidade.”

conduta, como centro da responsabilidade civil, por isso a importância do estudo da ilicitude, que para muitos é pressuposto essencial e indispensável para a caracterização da responsabilidade civil.

Ato ilícito, também conhecido como antijurídico, é sempre algo contrário ao direito. Num sentido amplo, a antijuridicidade compreende tudo o que não deve ser, inserindo-se qualquer situação em que haja uma reação desfavorável da ordem jurídica.⁵⁹ A corrente objetivista do ato ilícito defende que este seja concebido em plano objetivo, como conduta ou fato em si mesmo contrário à norma, sem verificar se houve ou não uma vontade consciente e livre a lhe dar origem. A corrente subjetivista do ato ilícito defende o contrário, que a ilicitude só é admissível em relação a condutas voluntárias, nas quais haja expressão de vontade.⁶⁰

A legislação evoluiu para prever determinadas situações em que há dever de indenizar, mesmo sem existência de ato ilícito, como no caso dos artigos 929, 930, 1285 e 1289 do Código Civil de 2002. Para alguns, o caso não trata de responsabilidade em sentido técnico, mas sim de mera obrigação legal de reparação por ato lícito.⁶¹ O que resta evidente é a guinada da doutrina, da jurisprudência e da legislação preocupando-se, cada vez mais, com a reparação da vítima, e menos com a conduta do ofensor.

A culpa, para fins de responsabilidade civil, ganhou notoriedade com o crescimento da Igreja Católica e a importância dada ao pecado. A doutrina enfrenta bastante dificuldade para encontrar o conceito jurídico de culpa aplicável à responsabilidade civil. Pode-se dividir as diversas definições doutrinárias em dois grandes grupos. O primeiro a encara como a violação de um dever legal ou contratual pré-existente. Tem a virtude de formar um conceito unitário de culpa, válido para o âmbito contratual e extracontratual, mas se sujeita à crítica de não

⁵⁹ JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1995. p. 61-62.

⁶⁰ JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1995. p. 63: “A concepção objectivista da ilicitude olha apenas a conduta na sua materialidade ou exterioridade e *verifica* a desconformidade dela com a que o direito queria; a concepção subjectivista defende que a qualificação de uma conduta como ilícita implica fazer-se acerca dela um *juízo de valor*, que só é possível se tal conduta resultar de acto humano, consciente e livre.”

⁶¹ JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1995. p. 20: “Nesses e em outros casos não há responsabilidade em sentido técnico, por inexistir violação de dever jurídico, mas mera obrigação legal de reparação por ato lícito.”

precisar o tipo de dever violado. O segundo a define como um erro de conduta. Afasta a necessidade de se demonstrar o dever jurídico violado, entretanto traz o desafio de definir o padrão de conduta que deve ser observado pelo sujeito.⁶²

Grande parte da doutrina segue a segunda linha, vinculando a culpa ao erro de conduta, definindo o padrão de conduta como o de um bom pai de família analisado no caso concreto, definição que consta inclusive no Código Civil Português. Encontra-se, assim, formulado o conceito de culpa⁶³ como sendo o “erro de conduta, imputável ao agente, consistente em não adotar o cuidado que teria sido adotado pelo ser humano prudente nas circunstâncias do caso concreto.”⁶⁴

A culpa pode ser avaliada em sentido lato, na qual se inclui o dolo, e em sentido estrito. Sob o primeiro enfoque, é a vontade dirigida a um fim ilícito, um comportamento consciente e voltado a uma determinada finalidade. Vista da outra forma, traduz-se em comportamento equivocado da pessoa, despida, ou ausente, da intenção de lesar ou de violar direito, mas da qual se exige comportamento diverso, já que se trata de um erro inescusável para o chamado homem prudente, ou homem médio. Caso se cuide de erro desculpável, não há que se falar em culpa em sentido estrito⁶⁵, que é dividida em imprudência, negligência e imperícia.⁶⁶

O Código Civil de 2002 trouxe um título denominado “dos atos ilícitos” e, em seu artigo 186, disciplinou que o sujeito que, por ação ou omissão voluntária,

⁶² CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A culpa na responsabilidade civil: estrutura e função*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 9-11.

⁶³ MARCHI, Cristiane de. A culpa e o surgimento da responsabilidade objetiva: evolução histórica, noções gerais e hipóteses previstas no código civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 964, p. 216-217, fev. 2016.

⁶⁴ CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A culpa na responsabilidade civil: estrutura e função*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 31.

⁶⁵ STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 203-204.

⁶⁶ NORONHA, Fernando. Responsabilidade civil: uma tentativa de ressystematização: responsabilidade civil em sentido estrito e responsabilidade negocial; responsabilidade subjetiva e objetiva; responsabilidade subjetiva comum ou normal, e restrita a dolo ou culpa grave; responsabilidade objetiva normal e agravada. *Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil*, São Paulo, v. 1, p. 145-195, out. 2011. p. 155-156: “Negligência, imprudência e imperícia. São estes os três modos de violação daquelas normas de conduta que obrigam as pessoas a proceder com os cuidados devidos. Na negligência, o agente comporta-se pura e simplesmente com desatenção ou descuido, nem sequer se apercebendo de que está violando a regra de conduta. Na imprudência, o agente ainda age descuidadamente, sem as cautelas necessárias, mas agora porque, seja por imprevidência, seja por excesso de otimismo, seja por razões outras, está convencido de que domina a situação e que não vai afetar direitos alheios. A imperícia é a culpa profissional: o agente, aqui, ofende regras técnicas de uma dada atividade, ou porque não as conhece (teremos como que uma imperícia negligente), ou porque age inconsideradamente (aqui haverá uma como que imperícia imprevidente)”.

negligência ou imprudência, violar direito ou, de alguma forma, causar dano a outrem, comete ato ilícito. Ao tratar a responsabilidade civil em título próprio, o *Codex*, em seu artigo 927, prevê a obrigação de reparação àquele que causar dano a outrem decorrente de ato ilícito. Observa-se que a regra geral do Código Civil brasileiro ainda é a da responsabilidade subjetiva, baseada na culpa, havendo a exceção da responsabilidade objetiva para as atividades de risco e demais casos especificados na lei, conforme disposto no parágrafo único do artigo 927.⁶⁷

O CDC, em sua Seção II, disciplina a responsabilidade pelo fato do produto e do serviço. Nos artigos 12 e 14 do referido diploma, resta expresso que o fabricante, o produtor, o construtor, o importador e o fornecedor de serviços respondem, independentemente da existência de culpa, pelos danos causados aos consumidores. Todavia, o parágrafo 4º do próprio artigo 14 estabelece que os profissionais liberais respondem mediante a verificação de culpa.⁶⁸ Assim, a legislação consumerista brasileira, considerada moderna e atual, criada para a proteção do consumidor, manteve hipótese de responsabilidade verificada mediante culpa para determinada situação.

A culpa, diante do disciplinado pelo Código Civil e pelo Código de Defesa do Consumidor, ainda recebe tratamento especial do ordenamento jurídico atualmente. Isso advém da sua função de filtro da responsabilidade civil⁶⁹, tão caro aos burgueses à época do Código de Napoleão. Todavia, é inegável que, de tempos para cá, vem havendo uma dissipação da presença da culpa como requisito da responsabilidade civil nas mais diversas situações do cotidiano. Cada vez mais, a culpa tradicional vai sendo mitigada e excluída por parte dos legisladores,

⁶⁷ STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 205.

⁶⁸ NOGUEIRA, Lavyne Lima. Responsabilidade civil do profissional liberal perante o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 40, p. 199-226, out./dez. 2001. p. 205: "Com efeito, inovação no sentido de abordar o tipo de responsabilidade dessa categoria de fornecedores não houve. Da forma que foi redigido o parágrafo supratranscrito, o legislador pretendeu, segundo entendimento doutrinário, manter a responsabilidade pura e simplesmente subjetiva, já existente no Código Civil de 1916 (LGL\1916\1), art. 159, dando, portanto, tratamento privilegiado aos profissionais liberais. [...] Por outro lado, não podemos deixar de reconhecer que o só fato de o legislador ter se referido aos profissionais liberais com exclusividade constitui um grande avanço na área consumerista. Antes da entrada em vigor dessa lei específica, a responsabilidade desses praticamente não existia, sendo-lhes aplicadas as regras dispostas no Código Civil (LGL\2002\400) e nos regulamentos de cada classe. A efetivação da responsabilidade, com o intuito de fazer com que o profissional responda pelo dano causado, somente veio a dar sinais de poder acontecer com o Código de Defesa do Consumidor.

⁶⁹ CATALAN, Marcos. *A morte da culpa na responsabilidade contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 222.

doutrinadores e aplicadores do direito, no processo de alargamento da reparação da vítima, com a sua devida proteção contra a chamada prova diabólica.

A principal teoria que influenciou todo o movimento de afastamento da culpa da posição de requisito da responsabilidade civil é, sem dúvida, a teoria do risco. Entretanto, além da citada teoria, diversos foram os expedientes que se propuseram a facilitar a reparação da vítima por meio a dissipação da culpa. Dentre todos, cita-se o desenvolvimento da teoria do abuso de direito e da culpa negativa⁷⁰, as presunções de culpa e a transformação da responsabilidade aquiliana, ou extracontratual, em contratual.⁷¹

Os Tribunais passaram a admitir uma maior facilitação na prova da culpa, configurando-se, por vezes, a partir dos antecedentes dos participantes ou das próprias circunstâncias do caso. Surgiu, depois, a teoria da culpa presumida, que sem abandonar o conceito de culpa, trabalhando apenas com o ônus da prova, facilitou a reparação dos danos em benefício das vítimas. Ocorreu, também, a ampliação do número de casos de responsabilidade contratual, até que, apenas depois desse processo, admitiu-se a responsabilidade sem culpa em determinados casos.⁷²

A responsabilidade civil pode ser dividida em duas espécies, chamadas de responsabilidade contratual e extracontratual ou aquiliana. Na ocorrência de violação de um dever jurídico preexistente que atinja a esfera jurídica de outrem, com a consequente produção de dano, nasce a responsabilidade. Ela será contratual quando o dever jurídico preexistente advier de um negócio jurídico pactuado entre as partes.⁷³ Será extracontratual quando decorrer de um dever jurídico imposto pela

⁷⁰ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 79-80.: “A teoria do abuso de direito era já antiga, mas foi restabelecida e rejuvenecida pela jurisprudência, que lhe imprimiu surto novo e mais importante. Consiste, essencialmente, no princípio de que o exercício de um direito não é, de nenhum modo, incompatível com a noção de culpa. [...] Os direitos não nos são concedidos para que façamos uso deles discricionariamente, para prejudicar outrem. [...] De caráter nitidamente diverso é a teoria da culpa negativa, que vem a ser a abstenção ou inércia contrária a dever preestabelecido. Aplica-se extensivamente e seu espírito exige do proprietário da coisa suscetível de causar dano a adoção de todos os aperfeiçoamentos sugeridos pela ciência, de forma a restringir, sempre e sempre, as possibilidades desses danos.”

⁷¹ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 18-19.

⁷² CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 227.

⁷³ Alguns doutrinadores defendem que a responsabilidade civil extracontratual também decorre de violação à lei, como nas hipóteses de obrigação de alimentos, posição da qual não se concorda no

lei, é o chamado dever negativo ou obrigação geral de não prejudicar. As duas podem ser provenientes de conduta comissiva ou omissiva do agente, todavia a primeira geralmente advém de um fato negativo ou omissão – descumprimento de obrigação pactuada – pelo sujeito⁷⁴, enquanto a segunda usualmente surge de uma ação positiva ilegal.⁷⁵

Apesar da separação entre as responsabilidades, aplicam-se princípios ou exigências comuns para as duas espécies de responsabilidade, dentre as quais se evidenciam a necessidade de dano certo e a relação de causalidade.⁷⁶ Dividem-se, entretanto, na abordagem de aspectos sensíveis e importantes como a culpa, o ônus da prova, a aplicação de juros, a correção monetária, a capacidade para indenização, a admissibilidade de danos extrapatrimoniais, a relevância da vontade das partes e o prazo prescricional.⁷⁷

Exatamente por essas diferenciações na abordagem das duas espécies de responsabilidade civil é que, no processo de caminhada da responsabilidade subjetiva para a objetiva, o aumento dos casos de responsabilidade contratual surgiu como solução. A doutrina francesa, percebendo que as cláusulas contratuais dispunham as condições e o comportamento exigidos das partes, como também

presente trabalho (GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Elementos de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 29).

⁷⁴ CATALAN, Marcos. *A morte da culpa na responsabilidade contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 99.

⁷⁵ GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Elementos de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 29-30.: “Acrescenta (*ibidem*, nota nº 79) que é essencial à responsabilidade civil contratual que ela resulta da violação de uma obrigação em sentido técnico, quer a obrigação infringida resulte dum contrato, ou dum negócio jurídico unilateral (como a promessa de recompensa ou o testamento), quer provenha diretamente da lei (obrigação de alimentos, obrigação real incluída no estatuto normativo do direito real). Nasce (nota 80), o mais das vezes, dum fato *negativo* ou *omissão* (a falta da prestação devida), ao passo que a responsabilidade extracontratual assenta, em regra, num fato *positivo*, num *ato* (violação do dever geral de abstenção). Pode, porém, a responsabilidade contratual brotar dum *ação* do devedor, no caso das obrigações de não fazer, tal como pode a responsabilidade extracontratual nascer dum *omissão* (mão que, não alimentando o filho, o deixa morrer por inanição).”

⁷⁶ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 131-132.: “Convém esclarecer, aqui, que todos os casos de responsabilidade civil obedecem a quatro séries de exigências comuns: a) o dano, que deve ser certo, podendo, entretanto, ser material ou moral; b) e a relação de causalidade, a *causal connexion*, laço ou relação direta de causa a efeito entre o fato gerador da responsabilidade e o dano são seus pressupostos indispensáveis; c) a força maior e a exclusiva culpa da vítima têm, sobre a ação de responsabilidade civil, precisamente porque suprimem esse laço de causa a efeito, o mesmo efeito preclusivo; d) as autorizações judiciais e administrativas não constituem motivo de exoneração de responsabilidade.”

⁷⁷ OLIVEIRA, Júlia Costa de. Responsabilidade contratual e extracontratual, uni-vos?: comentários ao Recurso Especial n.º 1.281.594/SP. *Civilística.com*, ano 7, n. 1, 2018. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2018/05/Oliveira-civilistica.com-a-7.n.1.2018.pdf>. Acesso em: 5 mar. 2019.

seus direitos e obrigações, conclui que os sujeitos se submetem à observância de um dever específico previamente definido, o que resguarda a vítima no caso de prejuízo.⁷⁸

A culpa passa a assumir um conteúdo mais amplo e objetivo e o ônus da prova passa a ser, de certa forma, presumida com a responsabilidade contratual. O mero descumprimento do dever específico, previamente definido pela relação contratual, gera o direito ao ressarcimento do prejudicado no limite do descumprimento da obrigação prevista. Comprovado o descumprimento da obrigação previamente definida, nasce o direito à indenização, o que facilitou demasiadamente a recomposição pecuniária da vítima.⁷⁹ Na responsabilidade aquiliana ou extracontratual, é necessário se valer do dever negativo ou da obrigação geral de não prejudicar e, ato contínuo, comprovar que houve comportamento antijurídico que repercutiu na órbita jurídica de determinado sujeito, causando-lhe dano específico; na responsabilidade contratual, há o dever positivo de adimplir o que foi pactuado, sendo assim de mais fácil comprovação.

A teoria da presunção de culpa, mais um aspecto da mitigação da culpa, é considerada uma ponte entre a responsabilidade subjetiva e a responsabilidade objetiva. O caminho percorrido pela responsabilidade civil, em razão da dificuldade no ressarcimento da vítima, especialmente devido à prova diabólica, nome de que se dá à prova de difícil produção, que se iniciou na responsabilidade subjetiva e desaguou na responsabilidade objetiva, passou por uma etapa evolutiva chamada de culpa presumida.⁸⁰ É considerada um avanço que aponta para a necessidade de

⁷⁸ STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 215.

⁷⁹ STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 216.: “O que importa ressaltar é que a responsabilidade, enquanto obrigação de compor danos, pode decorrer não só do ilícito absoluto, enquanto ofensa a dever legal preexistente, mas também do concerto prévio de vontades, que estabeleça um vínculo obrigacional. Pode-se então afirmar que a responsabilidade pode decorrer tanto da violação de um dever legal, como, ainda, do descumprimento de um dever assumido no contrato. [...] Em resumo, a responsabilidade extracontratual é o encargo imputado pelo ordenamento jurídico ao autor do fato, ou daquele eleito pela lei como responsável pelo fato de terceiro, de compor o dano originado do ato ilícito, ou seja, da obrigação daquele que por ação ou omissão voluntária, violar direito e causar dano a outrem. A responsabilidade contratual é a inexecução previsível e evitável, por uma parte ou seus sucessores, de obrigação nascida de contrato, prejudicial à outra parte ou seus sucessores.”

⁸⁰ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 31.: “Paralelamente à evolução da responsabilidade objetiva, e com a mesma finalidade de evitar as dificuldades trazidas pela prova diabólica, presunções de culpa foram, em toda parte, instituídas pela jurisprudência ou prospectadas pela doutrina no próprio texto das codificações. [...] Ideologicamente, a presunção de

não se deixar o dano sem reparação, conforme amplamente defendido no presente trabalho.⁸¹

A culpa presumida se divide entre *juris tantum* e *juris et de juris*. A primeira é considerada como presunção relativa, pois admite prova em contrário, enquanto a segunda não admite prova em contrário, tratando-se de presunção absoluta.⁸² Na presunção *juris tantum* não há um afastamento da responsabilidade subjetiva, do conceito de culpa da teoria clássica, trabalha-se, em verdade, com a inversão do ônus da prova. Fixada por lei, a presunção relativa determina que o autor da conduta deverá comprovar que não agiu culposamente, caso contrário será condenado mesmo que sua conduta não tenha sido verdadeiramente culposa. Aos casos de acidente de trânsito, em que há colisão na traseira de veículo, o motorista que está dirigindo o carro de trás deve provar que manteve a distância mínima necessária e que não agiu com culpa, aplicando-se a presunção relativa à sua conduta.⁸³

A presunção *juris et de juris* não pode ser caracterizada como um caso de responsabilidade subjetiva clássica, pois, em virtude de sua presunção ser absoluta, não se averigua se houve culpa na conduta do autor, suprimindo-se a própria necessidade de se provar a existência ou não da culpa. Aplica-se a presunção absoluta, por exemplo, aos desastres provocados em estradas de ferro, nos quais a empresa de transportes de passageiro só se exime de responsabilidade se provar o caso fortuito ou a força maior, ou a culpa exclusiva do viajando, não cabendo aqui a

culpa representava uma solução intermediária, que impedia as injustiças perpetradas pela severa exigência da prova da culpa, ao mesmo tempo em que negava acolhida à teoria do risco como novo fundamento de responsabilidade.”

⁸¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Responsabilidade civil dos profissionais liberais e o ônus da prova. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 26. p. 159-165, jun. 1998. p. 162: “A culpa presumida constitui um avanço na tendência evolutiva que aponta para a necessidade de não se deixar o dano sem reparação, interessando menos a culpa de quem o causou e mais a imputar a alguém a responsabilidade pela indenização. Situa-se a meio caminho entre a responsabilidade culposa e a responsabilidade não culposa, com esta tendo mais afinidade. Por isso, cresceram as hipóteses em que a lei, ou a jurisprudência, consideram que a culpa é presumida, cabendo ao imputável contraditá-la.

⁸² SANSONE, Priscila David. A inversão do ônus da prova na responsabilidade civil. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, ano 10, v. 40, p. 129-169, out./dez. 2001.

⁸³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. (12. Câmara Cível). *Acórdão na Apelação n. 70079966263*. Relator: Des. Umberto Guaspari Sudbrack. Brasília, 27 maio 2019. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/713555006/apelacao-civel-ac-70079966263-rs?ref=serp>. Acesso em: 1 jun. 2019.

demonstração de que agiu com prudência, perícia e sem negligência para se afastar responsabilidade.⁸⁴

O regramento da responsabilidade fundada na culpa não permitia que se reconhecesse um grande número de casos criados e agravados pela civilização moderna. Tornara-se imprescindível, nesse contexto, afastar-se do elemento moral, da pesquisa psicológica, do íntimo do agente e da possibilidade de sua previsão ou diligência, para colocar a questão sob um novo aspecto, o da reparação do dano. A finalidade a ser atingida é exterior, objetiva, consubstanciada na simples reparação, mas não interior e subjetivo, como na imposição da pena. O dano e a reparação não devem ser aferidos pela medida da culpabilidade, mas surgirem do fato causador da lesão a um bem juridicamente tutelado, a fim de se alcançar o equilíbrio das partes e se proteger os interesses em jogo. O fato passa a ser o elemento norteador da responsabilidade civil, afastando-se da culpa, que foi um resquício da confusão primitiva entre as responsabilidades civil e penal.⁸⁵

A responsabilidade objetiva se desenvolveu com fundamento na teoria do risco, cujos precursores foram partidários da escola do direito natural no século XVIII, especialmente Thomasius e Heineccius, que defendiam a responsabilização independente de culpa ao tratar da responsabilidade de pessoas despidas de discernimento e, assim, incapazes de culpa, teoria que foi superada pela expansão do direito romano na Alemanha, durante o século XIX.⁸⁶ Demonstra-se que, apesar de pouco mencionada pela doutrina, a literatura alemã serviu de pressuposto aos autores franceses que desenvolveram de forma mais incisiva a teoria do risco.

⁸⁴ SANSONE, Priscila David. A inversão do ônus da prova na responsabilidade civil. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, ano 10, v. 40, p. 129-169, out./dez. 2001. p. 135: "Um dos primeiros casos de presunção legal de culpa presente em nossa legislação foi o Dec. 2.681, de 1912, que dispõe sobre a responsabilidade civil das estradas de ferro e que, atualmente, acabou sendo incorporado, aplicando-se a quaisquer empresas de transporte de passageiros. Em seu art. 17, o decreto baseia a responsabilidade daquelas estradas de ferro em uma culpa presumida, que só é elidível pelas provas dos casos especificados no mesmo artigo. Está disposto no artigo em pauta: "Art. 17. As estradas de ferro responderão pelos desastres que nas suas linhas sucederem aos viajantes e de que resulte a morte, ferimento ou lesão corpórea. A culpa será sempre presumida, só se admitindo em contrário alguma das seguintes provas: I - caso fortuito ou força maior; II - culpa do viajante, não concorrendo culpa da estrada."

⁸⁵ LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2. ed. São Paulo: RT, 1999. p. 114-116: "A responsabilidade deve surgir exclusivamente do fato, considerando-se a culpa em resquício da confusão primitiva entre a responsabilidade civil e a penal. O que se deve ter em vista é a vítima, assegurando-lhe a reparação do dano e não a ideia de infligir uma pena ao autor do prejuízo causado. Os dados econômicos modernos determinam a responsabilidade fundada sobre a lei econômica da 'causalidade entre o proveito e o risco'.

⁸⁶ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 64-67.

A essas primitivas construções de responsabilidade sem culpa, sucederam novas teorias, especificamente na França, que podem ser reduzidas a duas correntes: a que baseia a responsabilidade aquiliana no ato anormal, sustentada por Ripert, e a teoria do risco-proveito, cujo maior expoente é Josserand.

A primeira foi criada para tratar os distúrbios na relação de vizinhança, baseada no conceito de que surge responsabilidade sempre que a atividade do agente é anormal no uso de sua propriedade. Todavia, tal teoria foi superada pelo próprio autor e não prosperou após certo período de tempo. Já a segunda corrente, que baseia a responsabilidade extracontratual no risco criado pelas diversas atividades humanas, foi incontroversamente a que fixou as novas bases para a concepção de responsabilidade sem culpa, cujo movimento foi iniciado por Saleilles e consolidado por Josserand.⁸⁷

A teoria do risco, em contraposição ao aumento e à diversificação dos danos advindos, principalmente, da revolução industrial, concebe o conceito de risco como perigo, probabilidade de dano, concluindo que aquele que exerce atividade perigosa deve assumir os riscos e reparar os danos dela advindos.⁸⁸ Atribui-se o prejuízo ao autor do dano e sua reparação ao seu causador, independentemente de ter agido com culpa, ou não, considerando irrelevante o nexó psicológico do agente, trazendo o nexó de causalidade para o cerne da responsabilidade civil.⁸⁹

A responsabilidade objetiva foi introduzida no ordenamento brasileiro por meio de legislação esparsa. O Código de Defesa do Consumidor, instrumento legal considerado de ordem pública e interesse social, consolidou o comando constitucional de proteção ao consumidor, previsto no artigo 5º, inciso XXXII, da CF, e disciplinou que a responsabilidade civil nas relações de consumo será objetiva, salvo o caso do profissional liberal.

A Constituição Federal de 1988 regulou como casos de responsabilidade objetiva os contratos de transporte (artigo 37, §6º), assim como a responsabilidade

⁸⁷ LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2. ed. São Paulo: RT, 1999. p. 119-120.: “A questão da responsabilidade, que é mera questão de reparação dos danos, de proteção do direito lesado, de equilíbrio social, deve, pois, ser resolvida atendendo-se somente aquele critério objetivo; quem guarda os benefícios que o acaso da sua atividade lhe proporciona deve, inversamente, suportar os males decorrentes desta mesma atividade”.

⁸⁸ OLIVEIRA, Ana Paula Cazarini Ribas de. A “culpa” e a evolução da responsabilidade civil. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 19, n. 88, p. 81-95, abr. 2018. p. 82.

⁸⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 227.

por danos nucleares (artigo 21, XXIII, d). Já o Código Civil de 2002, diferentemente do de 1916, trouxe a previsão de responsabilidade sem culpa baseada na teoria do risco, mantendo, entretanto, a responsabilidade subjetiva como regra geral, nos termos do artigo 186. Nota-se que, apesar de ser a regra geral no Código Civil, a aplicação da responsabilidade subjetiva cada vez mais perde espaço para a objetiva, notadamente em razão do grande volume das relações de consumo.⁹⁰

O filtro exercido pela culpa na aplicação da responsabilidade civil, em desfavor dos lesados, servido de seleção para as demandas que seriam consideradas procedentes ou não, cedeu lugar inicialmente ao risco, que por sua vez vem cedendo lugar ao dano. A reparação da vítima, portanto, passa a ser o objeto mais importante da responsabilidade civil.⁹¹

O mesmo ocorreu com o nexo causal, que é um pressuposto da responsabilidade civil e tem por função estabelecer um limite à obrigação de indenizar. Trata-se de imputação objetiva que avalia se a conduta do agente deu causa ao resultado, diferindo-se da culpabilidade na qual se tem uma imputação subjetiva. A relação entre causa e efeito da conduta do agente é analisada sob o prisma naturalístico, físico, se realmente aquela consequência decorreu de determinada conduta, e sob o prisma jurídico, se a lei, ao analisar a conduta do agente, imputa-lhe responsabilidade por determinado dano.⁹² “Em suma, o nexo causal é um elemento referencial entre a conduta e o resultado. É um conceito

⁹⁰ STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 238-239.: “Embora a responsabilidade subjetiva continue sendo a regra que informa a responsabilidade civil no CC, como se verifica no art. 186, que conceitua o ato ilícito e constitui o seu suporte e espinha dorsal, não é mais sobranceira ou única nesse Estatuto. Em inúmeras passagens, mas sempre com previsão expressa, ele dispõe acerca de hipóteses pontuais de responsabilidade sem culpa. E essa tendência é progressiva. Todavia, no CDC a responsabilidade objetiva é a regra (que não comporta exceções), assim como em outras importantes leis especiais. [...] Há, em verdade um contínuo processo de evolução, de modo a sempre assegurar que a vítima obtenha reparação, ainda que para isso seja necessário tornar dúctil o sistema até então vigente, deslocando-se o epicentro da responsabilidade, em sua dimensão mais significativa, qual seja, a da culpa do causador imediato do dano, para o imperativo do seu ressarcimento”.

⁹¹ CATALAN, Marcos. *A morte da culpa na responsabilidade contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 219-220.

⁹² DAVID, Tiago Bitencourt de. Da culpa ao nexo causal: o caráter valorativo do juízo de causalidade e as (de) limitações da responsabilidade objetiva. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 17, ano 5, p. 87-104, out./dez. 2018. p. 94: “Desse modo, por todo o exposto, tem-se que: a) a causalidade jurídica não se confunde com a causalidade física, b) quanto maior o distanciamento entre as causalidades natural e normativa, maior o ônus argumentativo necessário para justificar o afastamento entre ambos; c) a tentativa de eliminar-se o juízo valorativo da conduta no âmbito da culpa implica no deslocamento de alguns dos seus elementos para o nexo de causalidade; d) a responsabilidade pode ser cada vez mais objetiva, mas não pode ser puramente objetiva.

jurídico-normativo através do qual poderemos concluir quem foi o causador do dano”.⁹³

A necessidade rigorosa de demonstração do requisito subjetivo da culpa, à época da predominância da responsabilidade subjetiva clássica, servia de forte filtro à reparação, sendo que, comprovada a existência de culpa, as Cortes consideravam configurada a responsabilidade civil, tratando o nexo de causalidade como mera etapa formal, geralmente solucionada dentro da própria discussão sobre culpa. Entretanto, com o crescimento da responsabilidade civil, os julgadores passaram a ter redobrada atenção ao nexo causal, cuja interrupção serve de não caracterização do dever de indenizar.⁹⁴

Diversas são as teorias que cuidam do nexo de causalidade, das quais se sobressaem, tradicionalmente, quatro: teoria da equivalência das condições⁹⁵ ⁹⁶, teoria da causalidade adequada⁹⁷, teoria da causa eficiente⁹⁸ e teoria da causa direta e imediata⁹⁹. Tais correntes também vêm sofrendo processo de inovação tendente a diminuir as hipóteses de interrupção do nexo causal em favor do ressarcimento da vítima.

A legislação brasileira não disciplina de maneira clara e uniforme a teoria do nexo causal que deve ser adotada pelos aplicadores do direito. Os Tribunais, por sua vez, ora têm aplicado uma teoria, ora outra, sem que seja possível definir um padrão de julgamento a partir dos diversos precedentes encontrados no Brasil. Por

⁹³ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 65-67.

⁹⁴ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 55-56.

⁹⁵ JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1995. p. 61-62.

⁹⁶ STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 228-229.

⁹⁷ NORONHA, Fernando. O nexo de causalidade na responsabilidade civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 92, n. 816, p. 733-752, out. 2003.

⁹⁸ CRUZ, Gisela Sampaio. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 58-59: “Entre os antecedentes causais, os defensores dessa teoria destacavam: (i) a causa que produz o resultado; (ii) a condição que não produz o resultado, mas de alguma forma remove o obstáculo para a atuação da causa; e (iii) a ocasião que favorece a operatividade da causa eficiente”.

⁹⁹ STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 230.

vezes, algumas Cortes têm misturado um pouco das teorias para alcançarem a solução almejada ao caso.¹⁰⁰

Prevalece no Supremo Tribunal Federal (STF), notadamente após a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, a teoria do dano direto e imediato, nos termos do julgado no Recurso Extraordinário (RE) n. 130.764-1/PR¹⁰¹, em caso que julga ação movida por vítimas de assalto em face do Estado do Paraná. Em decisões mais antigas, todavia, o Supremo Tribunal Federal já se confundiu e aplicou a teoria da causalidade adequada com a do dano direto e imediato, nos termos do julgado no RE n. 88.407¹⁰², que cuidou de responsabilidade civil do transportador por assalto em ônibus, invocando a primeira teoria, mas utilizando a expressão de causa direta e imediata.¹⁰³

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) não costuma conhecer de processos que tratam de causalidade como seu fundamento, deixando tal análise a cargo dos Tribunais locais. Mas em casos nos quais adentrou nessa matéria, como no Recurso Especial n. 2821/RJ, menciona a inexistência de causalidade adequada, assim como ausência de causa imediata ou direta. Isso leva alguns doutrinadores a defenderem que os Tribunais pátrios, na verdade, não aplicam nem a causalidade direta e imediata nem a causalidade adequada, mas sim a teoria da causa necessária.¹⁰⁴

¹⁰⁰ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 63.

¹⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Pleno). *Recurso Extraordinário n. 130.764/PR*. Relator Min. Carlos Velloso. Brasília, 7 abr. 1995. DJ, Brasília, 24 abr. 1995. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1507614>. Acesso em: 23 jun. 2019.

¹⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Pleno). *Recurso Extraordinário n. 88.407/PR*. Relator Min. Thompson Flores. Brasília, 6 mar. 1981. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14694418/recurso-extraordinario-re-88407-rj>. Acesso em: 23 jun. 2019.

¹⁰³ CRUZ, Gisela Sampaio. *O problema do nexa causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 125.: “Decisões mais antigas, entretanto, confundiram a Teoria da Causalidade Adequada com a Teoria do Dano Direto e Imediato. No julgamento do Recurso Extraordinário nº 88407, por exemplo, em que se examinou a responsabilidade civil do transportador por assalto em ônibus, invocou-se a Teoria da Causalidade Adequada, embora mencionando-se expressões tais como ‘causa direta e imediata’ e ‘fato necessário’, que levam à conclusão de que a teoria efetivamente aplicada, a despeito da denominação utilizada, foi a Teoria do Dano Direto e Imediato”.

¹⁰⁴ TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexa de causalidade. *Revista Jurídica*, São Paulo, v. 50, n. 296, p. 7-18, jun. 2002. p. 14: “Por todas estas circunstâncias, pode-se considerar como prevalentes, no direito brasileiro, as posições doutrinárias que, com base no art. 1.060 do Código Civil brasileiro, autodenominando-se ora de teoria da interrupção do nexa causal (Supremo Tribunal Federal), ora de teoria da causalidade adequada (STJ e TJRJ), exigem a *causalidade necessária* entre a causa e o efeito danoso para o estabelecimento da responsabilidade civil.

Analizando esse fenômeno também na jurisprudência francesa, Camille Potier se referiu ao caso como presunções clandestinas de causalidade, observando as manobras criativas adotadas pelos Tribunais, à margem de qualquer previsão legislativa, admitindo o nexo causal e, conseqüentemente, imputando responsabilidade em situações que esta seria afastada caso se aplicassem as teorias tradicionais do nexo de causalidade.¹⁰⁵

Na hipótese de responsabilidade com fundamento no risco integral, também chamada de responsabilidade objetiva agravada, definiu-se que nem a força maior tem o condão de excluir o nexo causal, pois a responsabilidade surge do risco próprio da atividade. Nas relações de consumo, não se admite mais a exclusão do nexo causal baseado no caso fortuito interno, mesmo que decorrente de fato imprevisível, com fulcro no entendimento de que tais situações decorrem de risco inerente à atividade do sujeito responsável. Mais grave são os casos em que a lei admite a causalidade concorrente ou simultânea dos sujeitos qualificados como fornecedores de produtos ou serviços de consumo, nos termos do artigo 25, § 1º e 2º combinado com o artigo 7º, parágrafo único, do CDC.¹⁰⁶

Teoria considerada bastante inovadora é a da causalidade alternativa, aplicada às situações em que se tem a certeza do dano e de que este só pode ter advindo de uma quantidade certa de pessoas, mas não se sabe qual delas foi o real agente causador da lesão. Exemplos de sua ocorrência são quando duas ou mais pessoas praticam tiro ao alvo, o qual atinge terceiro e não se precisa a origem do tiro, ou no caso de um agente químico produzido por diversas empresas, que cause problemas, mas não se sabe qual dos componentes é o maléfico.¹⁰⁷

O último dos pressupostos da responsabilidade civil a ser analisado é a razão de ser do próprio instituto: o dano. No processo de asseguração de reparação da vítima, o dano sofreu um processo de extensão quantitativa e

¹⁰⁵ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 66-67.

¹⁰⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 78.

¹⁰⁷ GIUSTINA, Vasco Della. *Responsabilidade civil dos grupos*. Rio de Janeiro: Aide, 1991. p. 63-64.: “Cada dia este instituto se torna mais presente e adquire relevância na medida em que se estendeu a amplitude da causalidade alternativa, face aos chamados danos de massa, onde mais de um indivíduo ou empresa causa danos à população, sem que se saiba exatamente qual ou quais, mas sabendo-se, com certeza, encontram-se estes em um círculo de pessoas que poderiam causa-lo.”

qualitativa, crescendo o volume de indenizações, assim como o aumento de espécies de dano assegurados pela lei e pela jurisprudência.¹⁰⁸

A necessidade de dano para configuração de responsabilidade civil é quase uma unanimidade na doutrina. Pode-se dizer que o dano possui uma acepção vulgar, de prejuízo sofrido por alguém em sua alma, em seus bens ou em seu corpo, e outra acepção jurídica, que parte da mesma premissa de prejuízo, mas com a complementação da condição de pena ou de dever de indenizar decorrente de sua ocorrência.¹⁰⁹

As ações coletivas serviram de instrumento para o mencionado aumento quantitativo do dano. A Lei n. 4.717/65 criou a ação popular, cuja legitimidade ativa é de qualquer cidadão, para socorrer atos lesivos ao patrimônio público. Já a Lei n. 7.347/85 trouxe a ação civil pública, cuja legitimidade é restrita aos sujeitos previstos na lei, mas tem a função de proteger danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor e ao patrimônio público como um todo. O Código de Defesa do Consumidor também regulou hipóteses de tutelas coletivas para proteção de interesses individuais e homogêneos, o que permitiu o aumento de processos tratando de responsabilização por dano causado.¹¹⁰

Surgiu o conceito de consumidor por equiparação, figura prevista no artigo 2º, parágrafo único do CDC, que estabeleceu a equiparação da coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo, à figura de consumidor. É a superação do *status* de terceiro, por parte de alguns sujeitos, que mesmo que mediatamente, poderiam ser prejudicados em alguma relação comercial por parte de fornecedores.¹¹¹

¹⁰⁸ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 84-85.

¹⁰⁹ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 969-970.

¹¹⁰ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 88.

¹¹¹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 391.: “O ponto de partida desta extensão do campo de aplicação do CDC é duplo. De um lado, a observação de que muitas pessoas, mesmo não sendo consumidores *stricto sensu*, podem ser atingidas ou prejudicadas pelas atividades dos fornecedores no mercado. Estas pessoas, grupos e mesmo profissionais podem intervir nas relações de consumo de outra forma, a ocupar uma posição de vulnerabilidade. Mesmo não preenchendo as características de um consumidor *stricto sensu*, a posição preponderante (*Machtposition*) do fornecedor e a posição de vulnerabilidade dessas pessoas sensibilizaram o legislador e, agora, os aplicadores da lei. De outro, que o destinatário final não é sempre o contratante, logo, os antigamente denominados terceiros contratuais são hoje

Os danos morais foram incorporados formalmente à Constituição Federal de 1988 e logo expandidos. Do desenvolvimento dos direitos coletivos, foi criada a espécie de dano chamado de dano moral coletivo. A moral coletiva pode ser entendida como os valores morais, patrimônio ideal, seja artístico, ecológico, cultural ou paisagístico, da coletividade, que passam a ser tutelados.¹¹² A jurisprudência também vem aumentando os casos em que se reconhece ocorrência de dano moral, tutelando hipóteses que antes não eram reconhecidas como direito subjetivo.¹¹³

A tutela dos interesses existenciais ocasionou também o reconhecimento de novas espécies de dano, alguns sem previsão legal, como o dano estético, ligado às deformidades físicas, mesmo que reduzidas a marcas, desde que causem desgosto e complexo, como também danos à imagem, este previsto tanto no Código Civil como na Constituição Federal.¹¹⁴

Demais países também acompanharam o reconhecimento de novos danos, dos quais se menciona o dano à vida de relação, pela perda de concorrencialidade, por redução da capacidade laborativa genérica; o dano sexual e o dano hedonístico, na Itália; o dano por nascimento com grave deficiência física, na França; o dano à identidade pessoa por comentário em artigo científico, na Alemanha; e o dano derivado do envio de fax publicitário não solicitado, nos Estados Unidos da América.¹¹⁵

1.1.3 As funções da responsabilidade civil: prevalência da reparação da vítima

O fundamento da responsabilidade civil pode ser entendido como o reconhecimento de se comportar como membro de uma sociedade de homem equiparados. Parte da doutrina, destaca cinco funções da responsabilidade civil: a) castigo, ou punição, do culpado; b) vingança da vítima; c) indenização da vítima; d)

consumidores. E com a equiparação de outros agentes a consumidores, estes ‘terceiros’ tendem a desaparecer”.

¹¹² CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 147.

¹¹³ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 166.

¹¹⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 149-152.

¹¹⁵ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 92-98.

reestabelecimento de uma ordem social rompida com o dano; e) prevenção de comportamentos não aceitos pela sociedade.¹¹⁶

A evolução social, como se viu, no tocante à responsabilidade civil, fez passar seu enfoque da vingança para a socialização dos riscos ou dos danos. Para além dos fundamentos da responsabilidade civil, torna-se fundamental compreender também quais as suas funções, ou seja, o resultado procurado pela regra que foi editada por uma sociedade, em determinado momento de sua história, e que se aloca em nível jurídico.¹¹⁷ Majoritariamente, a doutrina divide em quatro as funções essenciais da responsabilidade civil: punitiva (ou dissuasória, ou pedagógica, ou sancionatória), social (sociopreventiva ou desestimuladora), ressarcitória e compensatória.

A função punitiva é também chamada de dissuasória, pedagógica ou sancionatória, mas é comumente empregada no ordenamento como indenização punitiva, danos punitivos, sanção civil ou, ainda, pena privada. No direito comparado, frequentemente é referida como *punitive damages*, ou seja, indenização punitiva, ou, por vezes, indenização exemplar ou vingativa, ou dinheiro do sofrimento, da dor.¹¹⁸ Consiste em impor ao agente causador do dano uma pena com caráter de retribuição do dano injusto, por meio de um castigo proporcional, observando-se o grau de culpa do lesante. Sua aplicação remete aos tempos primitivos, quando não se cogitava compensação pecuniária, exercendo papel secundário, encarado como consequência das demais funções.¹¹⁹

As responsabilidades civil e penal, em um primeiro momento da civilização, eram dois aspectos de um conceito unitário, conforme já abordado. Apenas quando

¹¹⁶ GONÇALVES, Fábio Antunes. A natureza jurídica da reparação dos danos à pessoa humana: da compensação aos danos punitivos. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, ano 18, v. 78, p. 145-168, jun. 2017.

¹¹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. Os Fundamentos da responsabilidade civil. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, ano 15, v. 93, p. 29-52, out. 1991. p. 35.

¹¹⁸ SCHWARTZ, Victor E.; KELLY, Kathryn; PARTLETT, David F. *Prosser, Wade and Schwartz's torts: cases and materials*. 7. ed. New York: Foundation Press, 1982. p. 560.

¹¹⁹ ROCHA, Maria Vital da; MENDES, Davi Guimarães. Da indenização punitiva: análise de sua aplicabilidade na ordem jurídica brasileira. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 12, ano 4, p. 211-252, jul./set. 2017. p. 219.: "A mera afirmação de que a responsabilidade civil tem uma função punitiva, ao lado da predominante finalidade reparatória, não passa, portanto, da constatação de uma obviedade, seja pelo fato de a reparação implicar, por si só, em um castigo ao lesante, seja por ter havido a adoção expressa, no CC/02, da possibilidade de redução da indenização, em casos nos quais o insignificante desvalor da conduta do agente seja desproporcional em relação ao ressarcimento, disposição legal que funciona como verdadeiro meio de intervenção da função punitiva da responsabilidade civil em sua congênere reparatória.

o Estado invocou para si a função de castigar os culpados, foi que a concepção de responsabilidade foi dividida entre a responsabilidade penal, que se ocuparia em castigar o ofensor, e de outro, a responsabilidade civil, que visaria ao ressarcimento da vítima.¹²⁰

Um processo de despenalização da responsabilidade civil (abandono da pura vingança privada) foi ocorrendo gradativamente, uniformizando-se a aplicabilidade de suas regras na direção de imprimir-lhe um caráter eminentemente ressarcitório (compensatório)¹²¹, destacando-se, aqui, as inovações impulsionadas pelo Código Civil Francês, reflexos da divisão entre Direito Público e Direito Privado, que se demonstrava imprescindível para assegurar à burguesia o exercício de sua plena autonomia.¹²² Atribuiu-se, assim, à responsabilidade penal, a punição do delinquente, a fim de responsabilizá-lo pessoalmente pelo ato antissocial, e à responsabilidade civil a indenização a ser exigida do agente causador do dano, pelo ofendido.¹²³

A pena, embora não constitua, precipuamente, mecanismo de reparação, mas sim de repressão, não deixa de cumprir missão inibidora, realizando a defesa dos bens referidos e, quando aplicada, a satisfação dos interesses lesados¹²⁴. Indiretamente, a função punitiva também objetiva persuadir o infrator a não incorrer reiteradamente em práticas abusivas¹²⁵, pretendendo-se que, assim, ele passe a tomar condutas mais cautelosas na vivência em sociedade, de maneira a se policiar

¹²⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano moral*. 4. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 54.

¹²¹ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (punitives damages e o direito brasileiro). *Revista CEJ*. Brasília, n. 28, p. 15-32, jan./mar. 2005. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12057-12057-1-PB.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2019. p. 17.

¹²² MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 201-202.

¹²³ REIS, Clayton. *Os novos rumos da indenização do dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 206.

¹²⁴ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 112.

¹²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (2. Turma). *Agravo em Recurso Especial n. 1.135.876/RS*. Relator: Min. Assusete Magalhães. Brasília, 9 ago. 2018.: “[...] Já no que concerne aos danos morais são incontroversos e decorrem do próprio fato, a situação vivenciada ultrapassa o mero aborrecimento ou incômodo cotidiano à vida em sociedade, evidenciando desconsideração absoluta à personalidade do consumidor; portanto, recomendam aplicação de uma indenização com função dissuasória, isto é, com finalidade pedagógico-punitiva a fim de evitar-se repetidos acontecimentos, o que se faz oportunamente. Contudo, o valor da indenização a ser determinado pelo Julgador deve levar em conta as condições econômicas e sociais do ofensor, a gravidade da falta cometida e as condições do ofendido, não devendo a verba enriquecê-lo ilicitamente, nem causar constrangimento econômico à ré, sem perder de vista o caráter punitivo-pedagógico da pena. [...]”

a fim de evitar causar outros danos a terceiros, mas não se confunde com a função sociopreventiva, mais ampla.¹²⁶

Outra função da responsabilidade civil, hoje considerada acessória, é a social¹²⁷, também denominada de sociopreventiva, desestimuladora ou educativa. Desempenha funções de prevenção geral e especial, posto que contribui para coibir a prática de novos atos violadores de direito e causadores de danos a outrem¹²⁸, não apenas pela mesma pessoa, como por quaisquer outras¹²⁹. Muitos autores defendem a unificação das funções preventiva e punitiva por seu caráter de subsidiariedade.¹³⁰

A função ressarcitória, cerne de toda a responsabilidade civil¹³¹, não se confunde com outra função, a compensatória (ou reparatória), apesar de serem tratadas por parte da doutrina como sinônimos, considerando que ambas se voltam à indenização a ser paga à vítima¹³². A palavra “compensar” significa contrabalançar, contrapesar, equilibrar ou, ainda, reparar o dano ou o incômodo resultante de algo.¹³³ Dessa forma, o efeito ressarcitório revela não uma pretensão propriamente compensatória, posto que esta se vincula aos danos de caráter não

¹²⁶ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 2. p. 288.

¹²⁷ A nomenclatura se justifica na medida em que toda atividade que acarreta prejuízo, traz em seu bojo, como fato social, o problema da responsabilidade. Assim, a referida função desmotivadora busca tornar pública à toda coletividade que condutas análogas àquelas ensejadoras de dano, não serão permitidas em meio à sociedade.

¹²⁸ MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. (1ª Câmara Cível). *Apelação Cível n. 0009529-84.2010.8.12.0001*. Relator Des. Marcelo Câmara Rasslan. Brasília, 7 maio 2015. Disponível em: <https://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/204906266/apelacao-apl-95298420108120001-ms-0009529-8420108120001/inteiro-teor-204906310?ref=serp>. Acesso em: 25 jun. 2019.: “Apelação Cível. Indenização por danos morais. Contrato de arrendamento com cláusula expressa. Responsabilidade do arrendatário. Dívida de terceiro. Inscrição indevida nos órgãos de proteção ao crédito. Danos morais presumidos. Indenização majorada. Melhor conformidade com a função social da responsabilidade civil. Recurso da empresa improvido. Recurso da pessoa física provido.

¹²⁹ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 214.

¹³⁰ ROCHA, Maria Vital da; MENDES, Davi Guimarães. Da indenização punitiva: análise de sua aplicabilidade na ordem jurídica brasileira. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, ano 4, v. 12, p. 211-252, jul./set. 2017.

¹³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo em Recurso Especial n.º 1.344.729/PR*. Relatora: Min. Maria Isabel Gallotti. Brasília, 24 set. 2018.: “[...] Mas a função ressarcitória é a prevalecente, por ser própria do Direito dos Danos o princípio da ressarcibilidade da vítima, por consistir a compensação do dano, em outras palavras, a própria razão de ser da indenização. As outras duas funções, embora relevantes, são secundárias, e devem interferir na definição do montante da indenização, embora acessoriamente, mas sem perder de vista a necessidade da correção de condutas impróprias do fornecedor. [...]”

¹³² NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

¹³³ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova fronteira, 1999. p. 512.

patrimonial que, por sua abstração e subjetividade, não permitem uma reparação que recomponha o *status quo ante*, ou seja, o estado anterior, como se o dano jamais tivesse existido.

O princípio da *restitutio in integrum* - restituir ao estado anterior¹³⁴ - está intimamente ligado à função ressarcitória, pois pontifica que a vítima deve ser alçada à situação em que se encontrava anteriormente à ocorrência da lesão, e no tocante ao dano não patrimonial, há mais uma compensação do que efetivamente uma restituição ao *status quo ante*.¹³⁵ A vítima deve ser ressarcida no montante total do dano sofrido e é proveniente da noção de justiça comutativa.¹³⁶

A função ressarcitória tem, portanto, a finalidade de indenizar a vítima pelo dano sofrido, de trazer as coisas para o *status quo ante*, de repor à vítima o que lhe foi sofrido pela conduta lesiva. Em consonância com esse postulado, devem-se buscar, na esfera do agente, os elementos necessários para a composição dos interesses lesados. Assim, por ações ou omissões, através de comportamentos pessoais ou despojamentos patrimoniais, conforme a hipótese, cabe ao lesante assumir, e sem limites, salvo lei em contrário, os ônus decorrentes de sua atuação, até que consiga a plena satisfação do lesado.¹³⁷

Ocorre que o restabelecimento do equilíbrio através da indenização possui um caráter nitidamente patrimonial, pois apenas os bens materiais são suscetíveis de serem recompostos ao seu estado originário, isto é, ao estado anterior ao dano, nem sempre sendo possível, assim, reparar o dano propriamente, devendo-se

¹³⁴ REIS, Clayton. *Os novos rumos da indenização do dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 26.: “Tal ideia foi preconizada pelo direito romano na busca da reposição ao *status quo ante* da situação patrimonial violada. [...] As codificações alemãs modernas mantiveram, todas, o princípio da reparação natural”, orientação que foi seguida pelo Código Geral Prussiano, que previa “(1,6,97): ‘todas as vezes que se produza um dano, deverá, dentro do possível restaurar-se o estado de coisas existentes antes da verificação dele’”.

¹³⁵ CASILO, João. *Dano à pessoa e sua indenização*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 84.

¹³⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 27.: “A extensão do princípio da reparação integral foi magistralmente sintetizada pela doutrina francesa, como abrangendo *tout le dommage, mais rins que le dommage* – ‘todo o dano, mas não mais que o dano’, complementando com a afirmação de que ‘a soma devida a título de danos deve corresponder rigorosamente à perda causada pelo fato danoso’.”

¹³⁷ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 102-103.

compensá-lo¹³⁸. É o que ocorre em relação aos danos morais ou extrapatrimoniais.¹³⁹

Nota-se assim que, com a evolução da humanidade, abandonou-se a vingança privada e os mecanismos de reparação do dano se tornaram a principal metodologia da responsabilidade civil. Ou seja, sem função ressarcitória, não se está a cumprir a responsabilidade civil. Faz-se necessário verificar, desta feita, se da forma vem sendo aplicada aos profissionais liberais, está-se a alcançar a reparação da vítima e, em caso negativo, qual a justificativa para tanto.

1.2 Os profissionais liberais regulados pelo Código de Defesa do Consumidor: aplicação do princípio da vulnerabilidade

As relações de consumo sempre existiram ao longo das civilizações, e podem ser compreendidas como um vínculo jurídico constituído pela essencial integração de duas partes, em posições antagônicas: uma tencionada a adquirir um bem ou a contratar um serviço; a outra detentora das condições para suprir a pretensão daquela.¹⁴⁰

Esses vínculos evoluíram sobremaneira nos últimos tempos, estimulados pelo crescimento da sociedade de consumo, pelo imperativo de um novo estilo ditado pela cultura consumerista, e pela massificação das negociações, processo identificado notadamente no início do século XX, a partir da concepção dos Estados liberais, e avolumado pela globalização, pela relativização das fronteiras dos países, pela comunicação cada vez mais eficiente e pelos avanços tecnológicos e industriais.

As alterações advindas dos movimentos consumeristas ao redor do mundo, notadamente nos Estados Unidos e na Europa, convergiram decisivamente para a configuração do atual sistema de proteção do consumidor, considerado parte

¹³⁸ CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 3. ed. rev., ampl. e atual. conforme o Código Civil de 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 43.

¹³⁹ REIS, Clayton. *Os novos rumos da indenização do dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 125.

¹⁴⁰ DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao consumidor: conceito e extensão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 70.: conceitua a relação de consumo como “a relação que o direito do consumidor estabelece entre o consumidor e o fornecedor, conferindo ao primeiro um poder e ao segundo um vínculo correspondente, tendo como objeto um produto ou serviço”.

vulnerável da relação de consumo estabelecida com os fornecedores de produtos e serviços.

A notabilidade desse sujeito no âmbito brasileiro, e especialmente da necessidade de sua salvaguarda, foram previstos pela Constituição Federal de 1988, na qual ficou perceptível a intenção do constituinte de dispensar tratamento diferenciado aos direitos do consumidor¹⁴¹, ao indicar sua defesa como direito e garantia fundamentais e um princípio-programa a ser impulsionado pelo Estado.

Fundamentando-se na Constituição Federal, o legislador ordinário positivou a tutela do consumidor por meio da Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor)¹⁴². Surgiu uma gama de princípios de outras áreas do Direito que se amoldavam à necessidade de proteção desse sujeito em seu relacionamento com fornecedores, dentre eles, os profissionais liberais¹⁴³.

A Constituição Federal, consoante explicitado, indicou em seu corpo algumas determinações especificamente direcionadas à tutela do consumidor. No entanto, da Lei Maior brasileira, podem ser extraídas outras referências extensíveis a esse sujeito, conquanto não o indiquem explicitamente em seu texto, por se tratar de cânones cujas indicações reverberam em diversos planos do direito. Dentre eles, cuidar-se-á de dois: os princípios da dignidade da pessoa humana e do princípio da igualdade ou isonomia.

Qualquer investida vocacionada à definição do primeiro deles, assim também ao estabelecimento de seu âmbito de proteção como norma fundamental,

¹⁴¹ VIEIRA, Lara Fernandes. *A tutela jurídica do consumidor superendividado à luz do princípio da dignidade da pessoa humana*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Ceará. Fortaleza. 2013. p. 66.

¹⁴² PACI, Maria Fernanda. Princípios constitucionais informadores do código de defesa do consumidor e a relação consumerista. *ÂmbitoJurídico.com.br*, Consumidor, Rio Grande, 2019. Disponível em: http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17716. Acesso em: 28 mar. 2019.: “[...] o Código de Defesa do Consumidor inaugurou um novo modelo jurídico dentro do Sistema Constitucional Brasileiro, ainda pouco explorado pela Teoria do Direito. Em primeiro lugar, a Lei n. 8.078/90 é Código por determinação constitucional (conforme art. 48 do ADCT/CF), o que mostra, desde logo, o primeiro elemento de ligação entre ele e a Carta Magna. Ademais, o CDC é uma lei principiológica, modelo até então inexistente no Sistema Jurídico Nacional.”

¹⁴³ BULGARELLI, Waldírio. *Questões contratuais no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 1993. p. 33-34: A sujeição dos profissionais liberais ao CDC é questionada por alguns doutrinadores. “Reclamam que é difícil aceitar que os clientes de advogados ou pacientes médicos, por exemplo, sejam considerados consumidores perante a lei. [...] Consideram, os mesmos Juristas, que pelo fato de o trabalho dos profissionais liberais ser autônomo e criativo, suas profissões não devem pois, ser reguladas pelo Código de Defesa do Consumidor, já que possuem seus Códigos regulamentares e de ética próprios de suas categorias, como podemos ilustrar citando os da OAB, CNM e CREA dentre outros”.

será dificultosa, quiçá vã, por se tratar de um tipo axiológico aberto e em constante desenvolvimento. O que se encontra na doutrina majoritária¹⁴⁴ é a consideração da dignidade da pessoa humana como um valor intrínseco ao ser humano¹⁴⁵ e, nessa condição, atributo irrenunciável, até porque o preceito em foco teve sua consecução pelo Estado erigida, pelo texto constitucional, à condição de princípio medular da República¹⁴⁶. Assim, seu status constitucional lhe confere dupla especificidade: uma defensiva e outra prestacional ou de tarefa. A primeira direcionada ao Estado, imputando-lhe o dever de preservar e promover a dignidade, e a segunda atuando como limiar à atividade dos poderes públicos.

Decorre da dimensão prestacional o imperativo para a tutela de sujeitos como os consumidores que, em decorrência da sua reconhecida conjuntura de vulnerabilidade na relação de consumo, demandam por proteção estatal.¹⁴⁷ Justaposta à situação do consumidor, a dignidade da pessoa humana, enquanto atributo irrenunciável, liga-se a conceitos como honra, respeito à intimidade e à integridade. Havendo ferimento a esses ou a outros aspectos não enumerados, estar-se-á alvejando alguma das facetas tuteladas pela máxima em questão.¹⁴⁸

O princípio da igualdade, por seu turno, inaugura uma das partes de maior destaque da Constituição Federal, a qual alberga os direitos e as garantias fundamentais. Denota-se o imperativo de que seja dispensando tratamento igualitário aos que têm situação jurídica igual; e que se trate de modo diferente os

¹⁴⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. *Enap Revista do Serviço Público*, São Paulo, v. 39, n. 4, p. 63-78, 7 out, 2010 [artigo originalmente publicado em 1982]. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/2239/1160>. Acesso em: 26 jun. 2019; NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material: arts. 1.º a 54*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 17.

¹⁴⁵ CAVALCANTE, Lara Capelo. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana como fundamento da produção da existência em todas as suas formas*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Fundação Edson Queiroz, Fortaleza-CE, 2007. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp049145.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2019. p. 63.

¹⁴⁶ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 55.

¹⁴⁷ CAVALCANTE, Lara Capelo. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana como fundamento da produção da existência em todas as suas formas*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Fundação Edson Queiroz, Fortaleza-CE, 2007. p. 63. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp049145.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2019. p. 65.

¹⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 103-104.

que estiverem em situações jurídicas diferentes, a fim de mitigar a desigualdade existente, tendo em conta o objetivo almejado. Assim, o ditame constitucional representa a vedação a qualquer tratamento discriminatório entre os que gozam de mesma situação jurídica, e obsta a ocorrência de tratamento igualitário entre os que se encontram em *status* jurídico distinto.

Pairam, especificamente quanto ao seu conteúdo jurídico, duas noções sobre a regra principiológica da igualdade: a primeira, de cunho formal, demanda a igualdade de todos perante a lei, enquanto a outra, de cunho material, tem a ver com a igualdade de todos quanto ao tratamento que lhes é dispensado pela lei.¹⁴⁹ Sob a perspectiva de tutela do consumidor, o cânone da isonomia oportuniza e ampara a concepção de normas assecuratórias do maior nível de igualdade possível entre as partes da relação de consumo, com vistas à neutralização ou à redução da reconhecida condição vulnerável do consumidor em face do fornecedor, bem como serve de base interpretativa de tais normas.¹⁵⁰

O Código de Defesa do Consumidor inovou e trouxe preceitos basilares vocacionados à regulação das relações de consumo, dentre os quais se sobrepõem a vulnerabilidade, a proteção, a boa-fé, a confiança e a informação. A vulnerabilidade é tida como consectário do princípio constitucional da igualdade, em seu aspecto material, baseada no tratamento isonômico dos partícipes de uma relação reconhecidamente desigual.¹⁵¹ Enquanto princípio¹⁵², a vulnerabilidade

¹⁴⁹ SEIXAS, Renato. O princípio da isonomia e a relação jurídica de consumo na legislação argentina e brasileira. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. v. 10, p. 299-333, jul./dez. 2002. p. 307.

¹⁵⁰ SEIXAS, Renato. O princípio da isonomia e a relação jurídica de consumo na legislação argentina e brasileira. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. v. 10, p. 299-333, jul./dez. 2002. p. 310.

¹⁵¹ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 2. ed. rev., mod. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 577.

¹⁵² REIS, Iuri Ribeiro Novais dos. O princípio da vulnerabilidade como núcleo central do código de defesa do consumidor. *Revista dos Tribunais*. v. 956, p. 89-114, jun. 2015. p. 89: "A vulnerabilidade pode ser vista sobre duas perspectivas. A primeira, de cunho fático, trata-se da simples constatação de que, nas mais diversas relações estabelecidas entre indivíduos, não há sempre uma situação de igualdade. Ao contrário, há inúmeras situações nas quais os indivíduos se relacionam em condições desiguais. Em decorrência dessa desigualdade, a plena utilização da autonomia privada acaba prejudicada, pois um dos indivíduos, por estar desfavorecido, acaba obrigado a se submeter às condições impostas pelo indivíduo mais favorecido. Dá-se, então, lugar à segunda perspectiva da vulnerabilidade, capaz de alçá-la à condição de princípio. Trata-se do reconhecimento da vulnerabilidade e consequente adoção de ações afirmativas capazes de igualar a relação originalmente desigual. Por essa segunda perspectiva, o reconhecimento da vulnerabilidade e a promoção de medidas para mitigá-la busca promover isonomia entre os indivíduos inseridos na relação originariamente desigual. Conclui-se, portanto, que o princípio da

detém uma espécie de força centrífuga, que cria diretrizes e parâmetros para os vários tipos de relacionamento estabelecidos entre os indivíduos, impondo-lhes uma miríade de prescrições que visam à mitigação dos efeitos das desigualdades existentes entre as partes. Sob o ângulo das relações de consumo, trata-se de um traço indissociável do consumidor, e o reconhecimento dessa condição é o que demandará do Estado ações¹⁵³ com vistas à neutralização dos efeitos nefastos da desigualdade sobre ele. Avaliada sob diversos matizes, a vulnerabilidade se desdobra, basicamente, em quatro subtipos: técnica, jurídica, fática e informacional.¹⁵⁴

Importante se faz deixar assente a diferença entre vulnerabilidade e hipossuficiência. Enquanto esta é de ordem processual e tem seu reconhecimento a partir da análise individual de cada caso, ou seja, é dotada de presunção relativa (*juris tantum*), a vulnerabilidade é de ordem material e goza de presunção legal absoluta (*iure et de iure*).¹⁵⁵

vulnerabilidade é o reconhecimento das situações em que a vulnerabilidade se apresenta, seguido da adoção de medidas para mitigá-la.”

¹⁵³ SANTOS, Adrianna de Alencar Setubal; VASCONCELOS, Fernando Antônio de. Novo paradigma da vulnerabilidade: uma releitura a partir da doutrina. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 27, n. 116, p. 19-49, mar./abr. 2018. p. 26.; NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. Curso de direito do consumidor. 2. ed. rev., mod. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 577: “A vulnerabilidade é, assim, uma condição imanente à posição de consumidor o qual, revelando sua fragilidade no contexto de mercado de consumo, legitima a existência de um aparato legal, administrativo e judicial de natureza protetiva com o fim de reequilibrar o ambiente contratual promovendo a igualdade”.

¹⁵⁴ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 323-329: “A vulnerabilidade técnica diz respeito à ausência de conhecimentos específicos do consumidor em relação às características do produto ou serviço que está adquirindo. [...] A vulnerabilidade jurídica [...] é a falta de conhecimentos jurídicos específicos, conhecimentos de contabilidade ou de economia. [...] A vulnerabilidade fática ou socioeconômica decorre da superioridade econômica do fornecedor ou daquela oriunda de monopólio ou da essencialidade do serviço. [...] vulnerabilidade informacional está vinculada à importância da aparência, da comunicação e da informação num mercado cada vez mais visual, rápido e de risco. [...]”

¹⁵⁵ PINTO, Henrique Alves. A vulnerabilidade do consumidor e a ótica subjetiva do Intérprete. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 110, p. 43-57, mar./abr. 2017. p. 47: “Diante deste quadro é que se faz a distinção entre a vulnerabilidade e a hipossuficiência já que tais conceitos estão presentes no Código de Proteção e Defesa do Consumidor. A hipossuficiência funciona como traço particular de um dado consumidor, isto é, o art. 6º, inc. VIII, do CDC, que confere assento à hipossuficiência, possui natureza processual, depende que o consumidor diante da sua pretensão deduzida em juízo demonstre que não possui condições financeiras, sociais ou culturais de fazer a prova necessária à instrução do processo. A hipossuficiência, ao contrário da vulnerabilidade, é dotada de presunção relativa (*juris tantum*), pois depende, como visto, de sua demonstração em concreto. A vulnerabilidade, além de ser marca geral de todos os consumidores não profissionais, ou seja, daqueles que utilizam o produto adquirido ou a prestação de serviços como destinatários finais, é de ordem material.”; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; FANECO, Livia Carvalho da Silva. Inversão do ônus da prova no CDC e a inversão procedimental no projeto de novo CPC: distinção entre institutos afins. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 91, p. 309-335, jan./fev.

O Código de Defesa do Consumidor, diante desse contexto principiológico apresentado, criou uma regra geral de responsabilidade civil objetiva, no intuito de se reparar a vítima, prevendo apenas uma exceção, consubstanciada no fato do serviço causado pelo profissional liberal. Na hipótese de dano caracterizado como fato do serviço do profissional liberal, o Código de Defesa do Consumidor disciplinou que a responsabilização se dará mediante a verificação de culpa, o que precisa ser analisado diante da função reparatória da responsabilidade civil, dos princípios constitucionais, e da própria legislação consumerista.

O profissional liberal, conforme definições apresentadas em dicionários¹⁵⁶, é o indivíduo que se distingue pelo exercício de uma profissão que exige conhecimentos técnicos, atestados por diploma de nível superior, e não mantém vinculação hierárquica a um patrão ou chefe.¹⁵⁷

A ideia sobre essa categoria, sob a perspectiva jurídica, evoluiu de acordo com a realidade social de determinados povos ou determinadas épocas, sendo influenciada pelas mudanças culturais, econômicas, técnicas e sociais que se processaram no decorrer dos tempos, tomando maior projeção diante da demanda por esses profissionais, decorrente do avançar do capitalismo e o progresso das empresas, fatores ensejadores do aumento da procura por eles, os quais, por sua vez, cooperada e associativamente, passaram a se organizar.

2014. p. 313.: “Assim, conclui-se que a vulnerabilidade é absoluta (*iures et de iure*) na hipótese de consumidor, pessoa física - destinatário final (uso próprio ou família); e é uma presunção relativa (*iures tantum*) na hipótese de consumidor pessoa jurídica - intermediário (aquisição para uso profissional).; No entanto, a hipossuficiência, como um dos requisitos para a inversão do ônus da prova, trata-se de uma presunção relativa em quaisquer das hipóteses de relação de consumo. Pode-se acrescentar ainda que o entendimento do STJ é no sentido de ser a vulnerabilidade uma questão de direito material e hipossuficiência de direito processual.; Tanto a vulnerabilidade quanto a hipossuficiência podem ser: econômica, jurídica, técnica ou mesmo social. Há autores que entendem que a hipossuficiência delineada pelo Código de Defesa do Consumidor para a inversão do ônus da prova precisa ser técnica. Portanto, no caso de não haver hipossuficiência técnica, mas sim econômica, não se aplicaria a inversão por falta do requisito, não sendo esta a posição que prevalece.”

¹⁵⁶ FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. *Pequeno dicionário brasileiro da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Editora Nacional, 1985. p. 984. “Profissão liberal é a que se caracteriza pela ausência de qualquer vinculação hierárquica e pelo exercício preponderantemente técnico e intelectual de conhecimentos.”; SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v. 3. p. 469.: “[...] Dessa forma, é a expressão usada para designar toda profissão, em regra de natureza intelectual, que se exerce fora de todo espírito especulativo, revelada pela independência ou autonomia do trabalhador que a exerce. [...] Profissional liberal, pois, ou profissão intelectual, para desempenho da qual se faz mister a aplicação de conhecimentos científicos, têm significação equivalente. [...]”

¹⁵⁷ PRUX, Oscar Ivan. *Responsabilidade civil do profissional liberal no Código de Defesa do Consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 105-107.

O nascedouro da profissão remete ao direito romano, em que se atribuía o *status* de serviço liberal àquele que não era objeto de contrato de trabalho remunerado (*locatio conductio operarum*)¹⁵⁸, e não demandava de seus prestadores competências especiais para exercê-lo, tendo como contrapartida uma espécie de recompensa por sua prestação.¹⁵⁹

Distinguiam-se das ocupações especializadas exercidas por profissionais tais quais médicos e advogados, as *operae liberales*, cujo vínculo se configurava com o destinatário do serviço na forma de um mandato, não de contrato¹⁶⁰, condição que implicava a ideia da percepção de donativos (chamados de honraria ou *munera*)¹⁶¹ como contrapartida pelo desempenho do serviço.¹⁶² Isto é, o serviço prestado pelo homem livre não era visto como um trabalho, mas sim como um indicativo de competência e altruísmo.¹⁶³

O termo foi utilizado, no ínterim entre as Idades Média e Moderna, para designar os sujeitos cujos ofícios eram desempenhados sem vínculo com instituições, isto é, livremente¹⁶⁴, sem se sujeitarem à autoridade ou à coordenação de outrem, traço marcante para se distinguir esse profissional dos demais.¹⁶⁵ Entre os séculos XVI e XVIII, os profissionais liberais eram categorizados em dois

¹⁵⁸ CRETELLA JÚNIOR, José. *Profissão liberal*: enciclopédia Saraiva do direito. São Paulo: Saraiva, 1977. n. 62. p. 38.

¹⁵⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Á guisa de introdução: o multifacetado conceito de profissional liberal. In: MORAES, Maria Celina Bodin de; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (org.). *Responsabilidade civil do profissional liberal*. Rio de Janeiro: Gen Forense, 2016. p. 1-30. p. 2.; VASCONCELOS, Fernando Antônio de. *Responsabilidade do profissional liberal nas relações de consumo*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 23.

¹⁶⁰ VASCONCELOS, Fernando Antônio de. *Responsabilidade do profissional liberal nas relações de consumo*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 25-26.

¹⁶¹ VASCONCELOS, Fernando Antônio de. *Responsabilidade do profissional liberal nas relações de consumo*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 23-24.

¹⁶² MORAES, Maria Celina Bodin de; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Á guisa de introdução: o multifacetado conceito de profissional liberal. In: MORAES, Maria Celina Bodin de; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (org.). *Responsabilidade civil do profissional liberal*. Rio de Janeiro: Gen Forense, 2016. p. 1-30. p. 2.

¹⁶³ VASCONCELOS, Fernando Antônio de. *Responsabilidade do profissional liberal nas relações de consumo*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 25.

¹⁶⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Responsabilidade civil dos profissionais liberais e o ônus da prova. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 26. p. 159-165, jun. 1998. p. 160.

¹⁶⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Á guisa de introdução: o multifacetado conceito de profissional liberal. In: MORAES, Maria Celina Bodin de; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (org.). *Responsabilidade civil do profissional liberal*. Rio de Janeiro: Gen Forense, 2016. p. 1-30. p. 2.; VASCONCELOS, Fernando Antônio de. *Responsabilidade do profissional liberal nas relações de consumo*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 21.: “[...] Profissão liberal é aquela que se caracteriza pela inexistência, em geral, de qualquer vinculação hierárquica e pelo exercício predominantemente técnico e intelectual de conhecimentos especializados, concernentes a bens fundamentais do homem, como a vida, a saúde, a honra, a liberdade”.

conjuntos: um dos considerados técnicos (médicos, físicos, arquitetos, cirurgiões e especialistas) e outro com os demais (doutores da lei civil, juristas, procuradores e filósofos).

As transformações sucedidas nas forças de produção a partir do século XIX implicaram em mudanças significativas na esfera jurídica do profissional em apreço, que vão desde a admissão de recebimento de remuneração (honorários), mediante regras de caráter contratual, pela prestação de serviços¹⁶⁶ até a imputação desse *status* a profissionais assalariados.¹⁶⁷

Os marcos caracterizadores de um profissional liberal transmutaram-se ao longo do tempo, migrando da simples aceção de um sujeito livre, exercente de atividade não simplesmente manual, para designar alguém independente técnica e intelectualmente, habilitado e qualificado para exercer seu ofício, ainda que em algumas circunstâncias, na condição de assalariado, lançando mão de seus conhecimentos específicos a serviço dos outros¹⁶⁸.

A despeito da existência de diversas visões sobre quais profissionais, em que condições, devem ser, ou não, considerados liberais, as quais não são foco deste trabalho, é possível se especificar alguns marcos distintivos da atividade liberal, tais quais habitualidade, regulamentação, habilitação, presunção de onerosidade, autonomia técnica e vinculação a alguma corporação ou sindicato¹⁶⁹.

¹⁶⁶ LOBO, Eugênio Roberto Haddock. A conceituação do profissional liberal ao correr dos tempos. *Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1994. p. 31.

¹⁶⁷ VASCONCELOS, Fernando Antônio de. *Responsabilidade do profissional liberal nas relações de consumo*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 30.; LOBO, Eugênio Roberto Haddock. A conceituação do profissional liberal ao correr dos tempos. *Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1994. p. 31.

¹⁶⁸ VASCONCELOS, Fernando Antônio de. *Responsabilidade do profissional liberal nas relações de consumo*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 30.: "Exerce uma profissão liberal, no conceito da maioria dos juristas, toda pessoa que, em total independência técnica e livre de qualquer elo de subordinação, coloca seus conhecimentos e seus dons a serviço de outrem, num esforço para exercer uma atividade ou prestar um serviço, habilitado ou qualificado pela lei ou pelas regras inseridas no mercado de trabalho. Nesse conceito, podem se enquadrar as profissões regulamentadas ou não por lei; as que exigem formação universitária ou habilitação técnica equivalente e ainda aquelas reconhecidas no mercado de trabalho e nas relações sociais".

¹⁶⁹ VASCONCELOS, Fernando Antônio de. *Responsabilidade do profissional liberal nas relações de consumo*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 34.: habitualidade: aquele modo de vida adotado pelo profissional, que faz da sua profissão algo inerente à sua maneira de viver; regulamentação: mais do que um simples regulamento, exige-se a normatização da atividade; habilitação: deve-se entender que o exercício profissional pressupõe uma habilitação prévia; presunção de onerosidade: a presença da remuneração na relação contratual ou de consumo é de fundamental importância para definir o caráter oneroso do exercício profissional; autonomia técnica: mesmo assumindo obrigação de prestação de serviços, ou até de natureza laboral, o profissional só deve ter subordinação de ordem jurídica, nunca de emprego ou trabalho; vinculação a alguma

Deve-se também observar outra característica essencial, que é a titularidade exclusiva para a execução de seus atos profissionais, monopólio que dá ensejo à possibilidade de ele ser julgado pela prática desses atos, se não praticados da maneira exigida/esperada.¹⁷⁰

O profissional liberal, sinteticamente detém alguns atributos¹⁷¹ que, embora não sejam de sua exclusividade, o caracterizam, a saber: formação universitária, mister intelectual, exercido sem subordinação, mas estritamente na área de sua formação e, ressalte-se, designado pelo consumidor a partir da confiança pessoal (*intuitu personae*), por critérios como, por exemplo, qualidade do trabalho.¹⁷²

A relação negocial entre o profissional liberal e seu cliente apresenta, de um lado, um fornecedor de serviços, contratado em caráter pessoal, titular exclusivo do serviço a ser desempenhado, vinculado a uma corporação ou sindicato, habituado a exercer seu múnus. De outro lado, o consumidor reconhecidamente vulnerável, que precisa ser tratado de maneira a se respeitar o princípio da dignidade e da igualdade substancial das partes.

O profissional liberal se diferencia do fornecedor tradicional por exercer seu ofício contando em grande parte apenas com suas forças pessoais, uma secretária e alguns auxiliares. O fornecedor tradicional, geralmente uma grande empresa financeira, comercial ou industrial, detém forte poder econômico, com sofisticada organização, cujo objetivo é a venda de produtos e serviços de maneira massificada e impessoal.¹⁷³ Todavia, o profissional liberal possui alguns atributos que o colocam em posição de superioridade em relação ao consumidor, que contrata seus serviços por razões impositivas (derivadas de lei), como na hipótese da necessidade de assinatura de um engenheiro para aprovação de um projeto, e por razões compulsivas, como no caso da orientação médica no tratamento de um câncer.

corporação ou sindicato: determinadas profissões exigem filiação obrigatória à entidade de classe ou sindicato, outras deixam ao livre-arbítrio do profissional.

¹⁷⁰ VASCONCELOS, Fernando Antônio de. *Responsabilidade do profissional liberal nas relações de consumo*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 30.

¹⁷¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Responsabilidade civil dos profissionais liberais e o ônus da prova. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 26. p. 159-165, jun. 1998. p. 159: “[...] Nesse conceito estão abrangidas profissões: a) regulamentadas ou não por lei; b) que exigem graduação universitária, ou apenas formação técnica; c) reconhecidas socialmente, até mesmo sem exigência de formação escolar (nessa hipótese estão incluídos os tipos sociais reconhecíveis).”

¹⁷² PRUX, Oscar Ivan. *Responsabilidade civil do profissional liberal no Código de Defesa do Consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 108.

¹⁷³ PRUX, Oscar Ivan. *Responsabilidade civil do profissional liberal no Código de Defesa do Consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 36-37.

O conhecimento detido pelo profissional liberal lhe garante um mercado cativo, que pode ser considerado um monopólio profissional. Ele possui, com exclusividade, o fornecimento de certos serviços que outras pessoas estão impedidas de fazê-lo. É uma reserva de mercado, advinda de lei, que se consubstancia em um privilégio, na medida que possibilita sua utilização de maneira reprovável. Os profissionais liberais ao adotarem uma conduta, seja boa ou ruim, sujeitam o mercado consumidor como um todo, forçando-o a aceitar o que lhes é imposto, tal como a utilização coletiva de uma tabela de preços, o que desequilibra a almejada igualdade contratual.¹⁷⁴

Outras peculiaridades do serviço prestado pelo profissional liberal são a pessoalidade e o nível de esclarecimento. A contratação do profissional liberal, na grande maioria das vezes, se dá *intuitu personae*, baseado na confiança depositada pelo consumidor. Isso tem grande reflexo nos termos da contratação e no cumprimento do avençado, momentos em que o profissional pode se utilizar de sua credibilidade para causar dano, mesmo que indireto, ao consumidor. O desequilíbrio natural derivado do maior nível de esclarecimento detido pelo profissional liberal potencializa ainda mais a assimetria da relação contratual.¹⁷⁵

As características particulares do profissional liberal acarretam um paradoxo que necessita de estudo e aprofundamento. De um lado se tem um fornecedor que apresenta vantagens, em relação ao consumidor, em virtude do monopólio de sua atividade, de sua especialização no serviço prestado e da confiança depositada pelo seu cliente. Por outro lado, detém desvantagens se comparado com os demais fornecedores, pois presta serviço, na grande maioria das vezes, *intuitu personae*, contando com equipe reduzida e pequeno potencial econômica. Esse contexto fundamenta a corrente que defende a responsabilidade subjetiva do profissional liberal, mas por outro lado demanda uma solução que melhor equilibre a relação jurídica em questão.

O estudo sobre o profissional impõe, diante desse contexto fático, o entendimento de sua situação jurídica no aspecto atinente à responsabilidade

¹⁷⁴ SÉLLOS-KNOERR, Viviane Coêlho de. Responsabilidade do profissional liberal pelo fato do serviço no Código de Proteção e Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 10, p. 144-161, abr. 1994. p.147.

¹⁷⁵ PRUX, Oscar Ivan. *Responsabilidade civil do profissional liberal no Código de Defesa do Consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 45-47.

civil¹⁷⁶, na condição de fornecedor, tanto no território brasileiro quanto no direito comparado, a fim de se conhecer os aparatos que dão ensejo à responsabilização¹⁷⁷, e melhor entender as circunstâncias que permeiam essa seara, que tem recebido bastante atenção das legislações de vários países (predominantemente nos respectivos códigos civis), os quais, tanto na Europa quanto nas Américas, têm adotado mais os postulados da responsabilidade subjetiva, consoante será possível constatar no decorrer do próximo item deste trabalho.

1.3 Qualificação jurídica do profissional liberal na relação de consumo: manutenção do filtro de reparação baseado na culpa

O direito comparado, embora se atenha bastante à temática da responsabilização civil, não dispensou tanta atenção à questão específica do profissional liberal, e ao menos duas particularidades ratificam tal percepção: grande parte dos países não formulou legislação especialmente vocacionada à regulação das relações de consumo, e os que eventualmente tratam dessas relações, não costumam singularizar o profissional liberal.¹⁷⁸

Ao contrário do que se faz no Brasil, cuja legislação considera os profissionais liberais como uma classe ou categoria, fixando parâmetros idênticos de tratamento independentemente da atividade que desempenham, os ordenamentos jurídicos dos outros países dificilmente utilizam a expressão “profissional liberal”,

¹⁷⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 31.

¹⁷⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Responsabilidade civil dos profissionais liberais e o ônus da prova. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 26. p. 159-165, jun. 1998. p. 160: “Nas relações de consumo, o profissional liberal autônomo, quando exerce sua profissão, é um fornecedor de serviços, sujeito à legislação de tutela do consumidor. É fornecedor porque exerce atividade jurídica, entendida como um completo de atos teleologicamente orientados, tendo continuidade e duração dirigidas a um fim de produção ou circulação de produtos e serviços. Quando exerce a profissão, em relação de emprego, não é fornecedor e não está sujeito imediatamente ao direito do consumidor, porque a atividade é exercida para seu empregador.”

¹⁷⁸ PRUX, Oscar Ivan. *Responsabilidade civil do profissional liberal no Código de Defesa do Consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 97-98.: “A própria expressão profissionais liberais raramente é usada, preferindo a legislação estrangeira, nas poucas vezes que dela se aproxima, a referir-se a médicos, advogados engenheiros, arquitetos etc. como categoria ou classe em particular. [...] havendo uma legislação concentrada, seja um código ou não, habitualmente a expressão profissionais liberais só vem mencionada quando é para excluir dela, total ou parcialmente os serviços que sejam prestados por esses profissionais.”

remetendo-se, no máximo, a cada tipo de profissional enquanto categorias particularizadas, como as dos médicos, engenheiros ou contadores.¹⁷⁹

Países como Uruguai, Paraguai, México e Argentina não destoam da regra. No México e na Argentina, por exemplo, apenas em hipóteses muito específicas os serviços dos profissionais liberais são analisados em um mesmo contexto. A Argentina os agrega somente nos casos de publicidade patrocinada¹⁸⁰, enquanto os mexicanos tratam especificamente das hipóteses em que os profissionais liberais fornecem produtos e serviços díspares do que foi contratado, desvirtuando, assim, a sua atividade.¹⁸¹

A comunidade europeia, por seu turno, costuma ser indiferente com os serviços prestados pelos profissionais liberais. Na França, por exemplo, não existe legislação específica que os contemple, tampouco se consegue identificar menção específica a eles em leis esparsas que porventura tratem de relação de consumo. Portugal, Espanha, Alemanha, Itália, Suíça não regulam de maneira individualizada a responsabilidade civil resultante das atividades exercidas pelos profissionais liberais. Observa-se, nos países ocidentais em geral, a primazia da teoria da culpa.¹⁸²

Analisando-se o ônus da prova e sua inversão, as demais nações, guardadas as especificidades de cada uma, em regra, lançam mão da formulação

¹⁷⁹ PRUX, Oscar Ivan. *Responsabilidade civil do profissional liberal no Código de Defesa do Consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

¹⁸⁰ REPÚBLICA ARGENTINA. Ley n.º 24.240, de Setiembre 22 de 1993. *Normas de Protección y Defensa de los Consumidores*. Disponível em: <http://www.ley24240.com.ar/>. Acesso em: 31 mar. 2019. “Artículo 2 - PROVEEDOR. [...] No están comprendidos en esta ley los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello, pero sí la publicidad que se haga de su ofrecimiento. Ante la presentación de denuncias, que no se vinculen con la publicidad de los servicios, presentadas por los usuarios y consumidores, la autoridad de aplicación de esta ley informará al denunciante sobre el ente que controle la respectiva matrícula a los efectos de su tramitación.”

¹⁸¹ PRUX, Oscar Ivan. *Responsabilidade civil do profissional liberal no Código de Defesa do Consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 98-101.

¹⁸² PRUX, Oscar Ivan. *Responsabilidade civil do profissional liberal no Código de Defesa do Consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 101-102.: “Portanto, a predominância insofismável nessa matéria é, sem sombra de dúvida, da clássica teoria da culpa, sendo que só algumas posições de ordem jurisprudencial, e algumas teorias como a ‘*Perte d’une chance*’ de origem francesa e a ‘*Res ipsa loquitur*’ de origem norte-americana, ousam avançar um pouco mais em direção de outras soluções.

que vaticina a perquirição sobre a natureza da obrigação¹⁸³ para se definir esse aspecto processual tão relevante para o deslinde das demandas.

A Itália disciplinou que, em se tratando de obrigações de meio, o insucesso do serviço prestado não é suficiente para confirmar a culpa do profissional, competindo ao consumidor o ônus da prova¹⁸⁴. Por outro lado, se se estiver diante de uma obrigação de resultado, compete ao profissional esse ônus, porquanto ele deverá comprovar que o inadimplemento não tem correlação com seu serviço, isto é, decorreu de outras causas a ele não imputáveis.¹⁸⁵ Registre-se, contudo, que a jurisprudência italiana vem elastecendo a amplitude da inversão do ônus para casos em que os profissionais assumiram obrigações de meio, demandando deles a comprovação de que prestaram o serviço de forma adequada e diligente e que, por isso, o dano foi corolário de uma causa fortuita.

A jurisprudência francesa, por seu turno, embora perfilhasse, pelo menos até o século XIX, um modelo restritivo para conceber a culpa, considerando apenas o aspecto subjetivo da conduta¹⁸⁶, também tem se voltado para o viés da natureza da obrigação, no caso das obrigações de resultado, da presunção de culpa do

¹⁸³ As especificidades dos tipos de obrigação serão detalhadas à frente, ainda nesta etapa do trabalho, quando for analisado o *status quo* nacional atinente à responsabilização do profissional liberal. Preliminarmente, é bastante entender que obrigações de resultado imputam ao profissional o alcance de um propósito claro e definido; já as obrigações de meio advêm do compromisso que esse profissional terá em prestar de maneira diligente, atenciosa e cuidadosa, sem, todavia, estar vinculado à consecução de um resultado específico.

¹⁸⁴ VALLEJOS, Juan Carlos. Cargas probatorias dinámicas, aproximaciones conceptuales: especial referencia a la culpa médica. In: PEYRANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori (coord.). *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fé: Flubinzal-Culzoni, 2008. p. 455-479; MARQUES, Silvina Pereira. La carga de la prueba de la culpa profesional médica. In: PEYRANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori (coord.). *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fé: Flubinzal-Culzoni, 2008. p. 479-507.

¹⁸⁵ KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e ônus da prova*: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria e responsabilidade civil em gineco-obstetrícia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 81-84.: “Nas obrigações de meio, fica a cargo do credor (paciente) provar: a) o comportamento negligente do profissional; b) a defeituosa ou inadequada prestação profissional; c) a existência do dano; d) o nexo de causalidade. [...] Frustrada a obrigação de resultado, o inadimplemento se dá *in re ipsa*. O ônus da prova recai sobre o médico, que deverá provar a impossibilidade do cumprimento regular da obrigação, em face de causa estranha à sua atuação profissional: evento imprevisto, imprevisível e inevitável, segundo a diligência ordinária exigível [...]”.

¹⁸⁶ FRAZÃO, Ana. Pressupostos e funções da responsabilidade civil subjetiva na atualidade: um exame a partir do direito comparado. *Rev. TST*, v. 77, n. 4, out./dez. 2011. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/28339/001_frazao.pdf?sequence=4. Acesso em: 9 abr. 2019.

profissional, e até o condenando mesmo diante da ausência de um nexo causal, com espreque na noção da perda de uma chance.¹⁸⁷

Os espanhóis, que em regra não admitem a inversão do ônus da prova, vêm lançando mão das teorias alicerçadas em presunções, mitigando a máxima de que à vítima compete provar a culpa do profissional.¹⁸⁸

Os alemães, fundados na chamada prova *prima facie*, acentuam as presunções, o que impacta diretamente a culpabilidade e o nexo causal e, conquanto não acarrete necessariamente a inversão do ônus da prova, afigura-se como instrumento de equilíbrio ao abrandar a posição processual do autor, porque se torna um ponto central para a apreciação judicial da prova, tutelando a parte prejudicada¹⁸⁹ mesmo quando as provas por ela trazidas à baila são consideradas insuficientes.¹⁹⁰

Os Estados Unidos da América¹⁹¹, como também o Canadá, têm o regramento pautado na prova da culpa baseado no princípio *res ipsa loquitur*¹⁹², cuja

¹⁸⁷ KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria e responsabilidade civil em gineco-obstetrícia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 100.: “[...] a jurisprudência francesa, em matéria de perda de uma chance, considera que a ausência de cuidados pós-operatórios faz o paciente perder uma chance de sobrevivência e determina responsabilidade profissional, ainda que a causa da morte seja desconhecida e o nexo causal entre a negligência e o resultado não possa ser provado”.

¹⁸⁸ STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 679.

¹⁸⁹ CREMASCO, Suzana Santi. A distribuição dinâmica do ônus da prova. Rio de Janeiro: GZ, 2009. p. 69: “Desde então, o instituto foi acolhido pelo Supremo Tribunal de Justiça Alemão, sobretudo em casos que tratam de responsabilidade civil médica em casos de culpa gravíssima; responsabilidade no âmbito do consumidor [...]”.

¹⁹⁰ KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria e responsabilidade civil em gineco-obstetrícia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 133.: “Trata-se do princípio de *Waffengleichkeit*, que implica a igualdade de tratamento das partes no processo de responsabilidade médica e exige que o profissional possibilite ao paciente a prova da sua pretensão.”

¹⁹¹ PIRES, Cristiane Pedroso. *Distribuição dinâmica do ônus da prova*. Dissertação (Mestre em Direito) - Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2014. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-11022015-145626/>. Acesso em: 26 jun. 2019. p. 92.: “No sistema americano, existem presunções que os próprios *standards of proof* se baseiam. Estas presunções refletem o nível de prova ou, na verdade, o nível de convencimento do julgador necessário para que se decida a causa a favor do autor ou do réu. Se o juiz não tiver condições de determinar o fato com base nas provas, a questão se resolve em sentido desfavorável à parte que tinha o ônus da prova.

¹⁹² A coisa fala por si mesma.

adoção pela jurisprudência desses países implica presunção de atuação culposa do profissional¹⁹³, invertendo-se o ônus probatório¹⁹⁴.

A Argentina tem sua legislação e jurisprudência tendentes ao primado das presunções, a consideração da teoria que preconiza o compartilhamento do ônus probatório, proscrevendo a posição estática das partes no processo no que atine à produção de provas.¹⁹⁵

O Brasil, até o advento do Código de Defesa do Consumidor, parametrizou a responsabilização civil do profissional liberal apenas no Código Civil¹⁹⁶, no trecho dedicado ao direito das obrigações.¹⁹⁷ Vigorava, até então, o postulado da culpa como diretriz de apuração da responsabilidade civil em geral. Logo, adotava-se a teoria subjetivista da reparação de danos, a qual indicava a necessidade de se perquirir dolo ou culpa¹⁹⁸ do agente¹⁹⁹, não sendo bastante, para fins de

¹⁹³ KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria e responsabilidade civil em gineco-obstetrícia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 133.: “Ante a simples ocorrência de um fato [...] surge a presunção de negligência [...]. Extraí-se a ilação de que o fato não teria ocorrido se não tivesse havido culpa [...]”

¹⁹⁴ KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria e responsabilidade civil em gineco-obstetrícia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 134.: “Por isso, ao se adotar a *res ipsa loquitur*, cria-se presunção de negligência – daí ser prescindível a prova pericial; inverte-se a carga probatória: caso não se produza prova em contrário, firma-se a procedência da demanda; ocorre inferência obrigatória: se não existe prova, condena-se o réu [...]”

¹⁹⁵ PÉREZ DE LEAL, Rosana. *Responsabilidad civil del médico*. Buenos Aires: Universidad, 1995. p. 139-140.

¹⁹⁶ SÉLLOS-KNOERR, Viviane Coêlho de. Responsabilidade do profissional liberal pelo fato do serviço no Código de Proteção e Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 10, p. 144-161, abr. 1994. p. 144: “[...] o serviço prestado por profissionais liberais era regulado pelo Código Civil, e tratado na doutrina como obrigação de fazer, ou seja, atividade pessoal – física ou intelectual do contratado a prestar serviço ou realizar obra material, literária, artística ou científica, de interesse do contratante. O que continua a ser admitido. A diferença está em que na legislação civil até então dominante, a execução das atividades tanto podia ser laborada exclusivamente pelo profissional contratado, quanto por outrem cuja intervenção fosse aceita”.

¹⁹⁷ VASCONCELOS, Fernando Antônio de. *Responsabilidade do profissional liberal nas relações de consumo*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 74.: “A doutrina tradicional discutia o caráter contratual dessa responsabilidade, procurando afastá-la da responsabilidade aquiliana”.; VENOSA, Silvío de Salvo. Aspectos da responsabilidade médica. In: DOCUMENTOS BÁSICOS DO CONGRESSO INTERNACIONAL DE RESPONSABILIDADE CIVIL. Blumenau, 1995. p. 209-218. p. 211.: Venosa esclarece bem o motivo de a discussão sobre o caráter contratual ou extracontratual não ter prosperado, informando que, “[...] existindo contrato, é dentro dos limites desse instrumento que será apurado o inadimplemento total (isto é, o descumprimento) ou o inadimplemento parcial (a mora). Não existindo contrato e a culpa emergindo de um dever de conduta, é nessa ação do agente que a culpa deve ser aferida”.

¹⁹⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Responsabilidade civil dos profissionais liberais e o ônus da prova. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 26. p. 159-165, abr./jun. 1998. p. 162.: “A culpa esteve sempre no centro da construção doutrinária liberal da responsabilidade civil, como projeção do princípio da autonomia da pessoa”.

responsabilidade civil, acharem-se ligados por um nexo de causalidade um fato e um dano.

Várias disposições legais no país, notadamente legislações especiais²⁰⁰, antes do marco fixado pelo Código de Defesa do Consumidor, vinham sendo influenciadas por uma linha de estudos doutrinários diferente, fundada na teoria do risco, a qual, embora sofresse bastante resistência para sua aceitação, espalhava-se gradualmente pelo sistema jurídico pátrio.²⁰¹

A sobrevivência da lei protetiva do consumidor, deixou assente que os novos rumos que a responsabilidade civil tomava influenciaram o legislador pátrio, que se alicerçou fortemente nos pressupostos do sistema de responsabilidade civil objetiva, alinhando-se ao que vinha sendo sedimentado em legislações de consumo tidas por modernas, de que são exemplo os Estados Unidos, a Inglaterra, a Áustria, a Itália, a Alemanha e Portugal.²⁰²

A Teoria da Responsabilidade Objetiva²⁰³, assim, na esfera do direito consumerista, foi adotada como regra, bastando tão somente a existência do fato ou do dano e seu nexo de causalidade²⁰⁴ para caracterizar a responsabilização do fornecedor, seja de produto ou de serviço. A partir dessa configuração, a lei protetiva do consumidor estruturou o sistema de responsabilização objetiva dos fornecedores basicamente pelos vieses da responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço, pelo vício do produto ou do serviço, e por conduta ou prática abusiva.

O fornecedor dá ensejo à responsabilização por conduta abusiva quando impõe ao consumidor desvantagem manifestamente excessiva, valendo-se de sua

¹⁹⁹ NASCIMENTO, Tupirambá Miguel Castro do. *Comentários ao Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Aide, 1991. p. 77.

²⁰⁰ VASCONCELOS, Fernando Antônio de. *Responsabilidade do profissional liberal nas relações de consumo*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 78.: "Só a título de referência, é de bom alvitre citar a legislação que trata dos acidentes do trabalho, das aeronaves, dos automóveis, das minas e das estradas de ferro, além da que trata dos acidentes por eletricidade."

²⁰¹ LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: RT, 1998. p. 71.

²⁰² VASCONCELOS, Fernando Antônio de. *Responsabilidade do profissional liberal nas relações de consumo*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 85.

²⁰³ MELO, Nehemias Domingos de. *Responsabilidade civil por erro médico: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 12.

²⁰⁴ SÉLLOS-KNOERR, Viviane Coêlho de. Responsabilidade do fornecedor pelo fato do serviço no Código de Proteção e Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 11, p. 128-143, jul./set. 1994.

condição de vulnerabilidade²⁰⁵, ampliando o desequilíbrio existente na relação de consumo ao suprimir ou reduzir o direito de livre escolha do consumidor.

O vício do produto ou do serviço é uma inadequação diante dos fins a que se destina, configurando-se como um defeito adstrito à esfera do produto²⁰⁶ ou serviço²⁰⁷, isto é, a ele intrínseco, com repercussões sobre a incolumidade econômica do consumidor, causando-lhe prejuízo patrimonial.

Tratando-se da responsabilidade pelo fato do produto ou serviço, seara a partir da qual delimitou-se o objeto desta dissertação, estão as hipóteses cujos efeitos extrapolam a esfera do produto ou serviço, gerando um dano que reverbera não somente na incolumidade econômica do consumidor, mas também na psicológica e na física.²⁰⁸

²⁰⁵ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *O direito do consumidor comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 218-219: “[...]comportamentos, tanto na esfera contratual quanto à margem dela, que abusam da boa-fé ou situação de inferioridade econômica ou técnica do consumidor. É a desconformidade com os padrões mercadológicos de boa conduta em relação ao consumidor”

²⁰⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Vício do produto. *Jurisprudência em foco*. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/consultas-processos-fisicos/jurisprudencia/jurisprudencia-em-foco/cdc-na-visao-do-tjdft-1/responsabilidade-civil-no-cdc/vicio-do-produto-e-do-servico-1/vicio-do-produto>. Acesso em: 4 abr. 2019.: “Ao contrário do Código Civil, o CDC não se limita aos vícios ocultos. A noção de vício é bem mais ampla, alcançando os vícios aparentes e de fácil constatação, bem como os produtos que estejam em desacordo com normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação. Quando houver vício do produto, a responsabilidade será solidária, inclusive do comerciante. E, embora o CDC não explicita, a responsabilidade é objetiva, ou seja, independe do elemento culpa.”

²⁰⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Vício do serviço. *Jurisprudência em foco*. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/consultas-processos-fisicos/jurisprudencia/jurisprudencia-em-foco/cdc-na-visao-do-tjdft-1/responsabilidade-civil-no-cdc/vicio-do-produto-e-do-servico-1/vicio-do-servico>. Acesso em: 4 abr. 2019.: “O fornecedor responde objetivamente pelos vícios do serviço, independentemente do elemento culpa. Os serviços oferecidos no mercado de consumo devem atender a um grau de qualidade e funcionalidade que possa ser aferido de modo objetivo, considerando, além das cláusulas contratuais, fatores como as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, o cumprimento dos fins que razoavelmente se esperam dos serviços e as normas regulamentares de prestabilidade”.

²⁰⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp 967.623/RJ*. Relatora Min. Nancy Andrighi. Brasília, 16 abr. 2009. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3697235&num_registro=200701596096&data=20090629&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 4 abr. 2019. “CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE PELO FATO OU VÍCIO DO PRODUTO. DISTINÇÃO. DIREITO DE RECLAMAR. PRAZOS. VÍCIO DE ADEQUAÇÃO. PRAZO DECADENCIAL. DEFEITO DE SEGURANÇA. PRAZO PRESCRICIONAL. GARANTIA LEGAL E PRAZO DE RECLAMAÇÃO. DISTINÇÃO. GARANTIA CONTRATUAL. APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DOS PRAZOS DE RECLAMAÇÃO ATINENTES À GARANTIA LEGAL. - No sistema do CDC, a responsabilidade pela qualidade biparte-se na exigência de adequação e segurança, segundo o que razoavelmente se pode esperar dos produtos e serviços. Nesse contexto, fixa, de um lado, a responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço, que compreende os defeitos de segurança; e de outro, a responsabilidade por vício do produto ou do serviço, que abrange os vícios por inadequação. Observada a classificação utilizada pelo CDC, um produto ou serviço

A incidência do modelo objetivo de responsabilização dos fornecedores foi excepcionada apenas em um caso, indicado no §4º, do artigo 14, do CDC, com determinação para que a apuração de responsabilidades dos profissionais liberais, nas hipóteses de fato do serviço, se dê mediante a verificação de culpa. Isso porque, segundo a doutrina²⁰⁹, o vínculo estatuído entre o profissional liberal e o consumidor detém peculiaridades que, sob o prisma do direito comum, acabam por diferenciar a responsabilização daquele, cuja particularidade deriva-se da constatação de uma relação de confiança que é firmada entre ele e o cliente (consumidor), diferente das demais relações de consumo.

Estando-se, em suma, sob as circunstâncias das hipóteses de práticas abusivas e vícios do produto ou serviço, ao profissional liberal justapõe-se o mesmo *modus operandi* para verificação de responsabilidade dos demais fornecedores, isto é, de natureza objetiva. Todavia, o mesmo não ocorrerá quando a apuração se der em casos decorrentes de fato do produto ou do serviço, os quais se subordinarão aos ditames da clássica teoria subjetivista, calcada no princípio da culpa.

apresentará vício de adequação sempre que não corresponder à legítima expectativa do consumidor quanto à sua utilização ou fruição, ou seja, quando a desconformidade do produto ou do serviço comprometer a sua prestabilidade. Outrossim, um produto ou serviço apresentará defeito de segurança quando, além de não corresponder à expectativa do consumidor, sua utilização ou fruição for capaz de adicionar riscos à sua incolumidade ou de terceiros.”; BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Fato do produto e do serviço, *Jurisprudência em foco*. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/consultas-processos-fisicos/jurisprudencia/jurisprudencia-em-foco/cdc-na-visao-do-tjdft-1/responsabilidade-civil-no-cdc/fato-do-produto-e-do-servico>. Acesso em: 4 abr. 2019.: “Na responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, o defeito extrapola a esfera da coisa ou do serviço prestado e atinge a incolumidade física ou psíquica da pessoa e gera um dano (material ou moral) passível de reparação. O fato do produto e do serviço também é chamado de acidente de consumo, pois o dado fundamental não é a origem do fato (do produto ou serviço), mas sim a localização humana de seu resultado (o acidente de consumo). Assim, os produtos e serviços que, por seus defeitos, causarem danos ao consumidor, fazem surgir a responsabilidade civil do fornecedor, independentemente de culpa. A informação insuficiente ou inadequada acerca do produto e do serviço também é defeito e, como tal, gera o dever de reparar”.; NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 181.: “O defeito é o vício acrescido de um problema extra, alguma coisa extrínseca ao produto ou serviço, que causa um dano maior que simplesmente o mau funcionamento, o não-funcionamento, a quantidade errada, a perda do valor pago – já que o produto ou serviço não cumpriram o fim ao qual se destinavam.; O defeito causa, além desse dano do vício, outro ou outros danos ao patrimônio jurídico material e/ou moral e/ou estético e/ou à imagem do consumidor. Logo, o defeito tem ligação com o vício, mas, em termos de dano causado ao consumidor, é mais devastador. Temos, então, que o vício pertence ao próprio produto ou serviço, jamais atingindo a pessoa do consumidor ou outros bens seus. O defeito vai além do produto ou do serviço para atingir o consumidor em seu patrimônio jurídico mais amplo (seja moral, material, estético ou da imagem). Por isso, somente se fala propriamente em acidente, e, no caso, acidente de consumo, na hipótese de defeito, pois é aí que o consumidor é atingido.”

²⁰⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 494.

A opção do legislador pela responsabilidade subjetiva no caso do fato do serviço do profissional liberal se mostra acertada. As características peculiares apresentadas pelo profissional liberal, inexistentes nos demais fornecedores, justifica tal posição. Aqueles não detêm o poder econômico, nem a organização estrutural, da qual dispõem os fornecedores no geral. Além disso, são contratados com pessoalidade, baseado em vínculo de confiança, configurando-se uma relação comercial distinta das demais. Essa realidade também é encontrada em outros países ocidentais, que em respeito à função reparatória da responsabilidade civil e da vulnerabilidade do consumidor, buscaram solução no direito processual.

A excepcionalidade material apontada pelo Código de Defesa do Consumidor repercutiu na esfera processual, gerando inúmeras discussões e prescrições sobre como lidar com um ponto nodal da responsabilidade civil que é a possibilidade de inversão do ônus da prova. De modo geral, ao se investigar as interpretações propostas, o pesquisador se deparará com correntes que defendem a impossibilidade total da inversão, por enxergarem nessa medida processual uma afronta à necessidade de apuração de culpa determinada pelo Código de Defesa do Consumidor²¹⁰; com outras que admitem a possibilidade de inversão do ônus da prova nos estritos termos do artigo 6º, VIII, do CDC, isto é, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando o consumidor for hipossuficiente, visando à facilitação da defesa de seus direitos²¹¹; e com a que atualmente se sobressai na

²¹⁰ KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria e responsabilidade civil em gineco-obstetrícia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 151.: “O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 12, § 4º, exclui os profissionais liberais do âmbito da responsabilidade objetiva, sistema adotado pela lei protetiva.”; BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcelos. Comentário ao Código de Proteção do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 79; CLÁPIS, Alexandre Laizo. Obrigações de meio, de resultado e de garantia. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 10, n. 39, p. 9-42, jul/set. 2009.

²¹¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Responsabilidade civil dos profissionais liberais e o ônus da prova. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 26. p. 159-165, jun. 1998. p. 164.; NOGUEIRA, Lavyne Lima. Responsabilidade civil do profissional liberal perante o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 40, p. 199-226, out./dez. 2001. p. 205.: “Dessa maneira, o jus poderá determinar a inversão do *onus probandi* sempre que se convencer da verossimilhança das alegações do consumidor.”; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 1.478.062/SP*. Relator Min. Raul Araújo. Brasília, 15 dez. 2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACOR&livre=@cdoc=%271590363%27>. Acesso em: 31 mar. 2019.: “AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. CIRURGIA PLÁSTICA REPARADORA. OBRIGAÇÃO DA OPERADORA EM CUSTEAR O PROCEDIMENTO COM MÉDICO NÃO CREDENCIADO. INEXISTÊNCIA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. AUSÊNCIA DE VEROSSIMILHANÇA E HIPOSSUFICIÊNCIA. REVISÃO. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. REVOGAÇÃO DA LIMINAR EM SEDE DE SENTENÇA. POSSIBILIDADE. AGRAVO NÃO

doutrina e jurisprudência pátrias, cuja avaliação sobre a inversão do ônus da prova atém-se à natureza da obrigação *in casu*, isto é, a distinção entre obrigações de meio e de resultado²¹² será condição indispensável para se identificar o regime de responsabilidade a que cada tipo de obrigação se subordina e, ainda, se haverá ou não inversão do ônus da prova.

Obrigações de resultado, segundo a doutrina, imputam ao profissional o alcance de um propósito claro e definido. Ele está obrigado à consecução de determinada finalidade, que é o próprio objeto da avença, a qual, nesse caso, só será considerada satisfeita se o fim prometido for, de fato, alcançado; se houver o inadimplemento, o fornecedor se torna objetivamente responsável pelos danos sobrevindos do insucesso.²¹³

As obrigações de meio advêm do compromisso que esse profissional terá em prestar de maneira diligente, atenciosa e cuidadosa, sem, todavia, estar vinculado à consecução de um resultado específico²¹⁴. Por conseguinte, nesse último caso, restar-se-á configurado inadimplemento se ficarem demonstradas a negligência ou a imperícia do profissional no desempenho de seu papel.²¹⁵

A ponderação sobre a natureza da obrigação inicialmente culminou na assimilação, doutrinária e jurisprudencial, de que deveriam recair sobre o profissional liberal os pressupostos da responsabilização objetiva nas hipóteses em

PROVIDO. 1. A inversão do ônus da prova não ocorre em todas as situações em que a relação jurídica é regulada pelo Código de Defesa do Consumidor. De fato, nos termos do art. 6º, VIII, do referido instrumento normativo, a facilitação da defesa somente ocorre nos casos em que as alegações sejam verossímeis, ou a parte seja hipossuficiente. [...]”

²¹² DEMOGUE, René. *Traité des obligations en general*. Paris: Arthur Rousseau, 1925. t. 5. p. 398.”

²¹³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 3. p. 48. “[...] nas obrigações de resultado, a execução considera-se atingida quando o devedor cumpre o objetivo final; [...]”

²¹⁴ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Responsabilidade civil médica no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 63, p. 52-91, jul./set. 2007. p. 56-57.: “No caso das obrigações de resultado, há um comprometimento do devedor com um determinado fim, um determinado objeto que satisfaça o interesse do credor com o cumprimento da prestação. Em outros termos, há um critério objetivo de identificação do adimplemento ou não da obrigação, que é a realização ou não do resultado devidamente estabelecido pelas partes. Já nas obrigações de meio, ao contrário, não há um comprometimento do devedor com a obtenção de um fim específico, ou seja, de alcançar ou realizar uma determinada providência ou resultado. Trata-se neste caso de uma obrigação de melhores esforços, ou seja, do comprometimento do devedor em agir com toda a diligência e perícia que possui para a melhor realização da prestação. Não se compromete, contudo, com a satisfação específica do interesse do credor na obtenção de um certo resultado, o qual não assegura”.

²¹⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 3. p. 48. “[...] nas de meio, a inexecução caracteriza-se pelo desvio de certa conduta ou omissão de certas precauções, a que alguém se compromete sem se cogitar do resultado final”.

que fossem constatadas a assunção de obrigações de resultado²¹⁶ e, em se tratando de obrigações de meio, aplicar-se-ia o viés subjetivo.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), contudo, imputa a responsabilização subjetiva sobre ambos os tipos de natureza, mantendo, processualmente, a inversão do ônus da prova nas de resultado, por julgar que, há uma certa presunção de culpa desse fornecedor, ao qual deve ser imputado o encargo de comprovar que o dano não adveio de sua atuação, mas por motivos alheios a ela.²¹⁷ Em síntese, tem-se que: sobre ambas as naturezas obrigacionais, recaem os pressupostos da

²¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3. Turma). Recurso Especial. *Resp 10.536-RJ*. Relator Min. Dias Trindade. Brasília, 19 ago. 1991. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199100081779&dt_publicacao=19-08-1991&cod_tipo_documento=1&formato=PDF. Acesso em: 5 abr. 2019.: “CIVIL. CIRURGIA ESTÉTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. INDENIZAÇÃO. DANO MATERIAL E DANO MORAL. Contratada a realização de cirurgia estética embelezadora, o cirurgião assume obrigação de resultado, sendo obrigado a indenizar pelo não cumprimento da mesma obrigação, tanto pelo dano material quanto pelo moral, decorrente de deformidade estética, salvo prova de força maior ou caso fortuito. [...]”; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3. Turma). Recurso Especial. *RESp 81.101/PR*. Relator Min. Waldemar Zveiter. Brasília, 13 abr. 1999. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199500631709&dt_publicacao=31-05-1999&cod_tipo_documento=&formato=PDF. Acesso em: 2 abr. 2019.: “CIVIL E PROCESSUAL – CIRURGIA ESTÉTICA OU PLÁSTICA – OBRIGAÇÃO DE RESULTADO (RESPONSABILIDADE CONTRATUAL OU OBJETIVA) – INDENIZAÇÃO – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. I – Contratada a realização da cirurgia estética embelezadora, o cirurgião assume obrigação de resultado (Responsabilidade contratual ou objetiva), devendo indenizar pelo não cumprimento da mesma, decorrente de eventual deformidade ou de alguma irregularidade. II – Cabível a inversão do ônus da prova. [...]”; VASCONCELOS, Fernando Antônio de. *Responsabilidade do profissional liberal nas relações de consumo*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 163-164.: “Aplicando-se as peculiaridades dos profissionais liberais o estatuído no CDC, verifica-se que, presentes os pressupostos da responsabilidade (o defeito, o dano e o nexo causal), não é permitido ao responsável eximir-se do dever de indenizar, alegando não estar provada sua culpabilidade. Assim é que têm decidido os tribunais, em reiteradas ocasiões, pela aplicação da responsabilidade objetiva, principalmente em determinadas especialidades de algumas profissões e, sem tergiversações, quando o dano decorre de um serviço, que possa ser entendido como relação de consumo.”; SÉLLOS-KNOERR, Viviane Coêlho de. Responsabilidade do profissional liberal pelo fato do serviço no Código de Proteção e Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 10, p. 144-161, abr. 1994. p. 146.; CLÁPIS, Alexandre Laizo. Obrigações de meio, de resultado e de garantia. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 10, n. 39, p. 9-42, jul/set. 2009.

²¹⁷ SANTOS, Marcelo H. G. Rivera M. Releitura da responsabilidade civil em cirurgia estética à luz do novo CPC: obrigação de meio e não de resultado. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 982, p. 53-86, ago. 2017. p. 56.; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3. Turma). Recurso Especial. *RESp 1.395.254/SC*. Relatora Min. Nancy Andrighi. Brasília, 15 out. 2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=obriga%E7%E3o+de+resultado+e+invers%E3o+do+%F4nus+da+prova&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>. Acesso em: 2 abr. 2019.: “DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. CIRURGIA ESTÉTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. REGRA DE INSTRUÇÃO. ARTIGOS ANALISADOS: 6º, VIII, E 14, CAPUT E § 4º, DO CDC.” [...] 3. A cirurgia estética é uma obrigação de resultado, pois o contratado se compromete a alcançar um resultado específico, que constitui o cerne da própria obrigação, sem o que haverá a inexecução desta. 4. Nessas hipóteses, há a presunção de culpa, com inversão do ônus da prova. 5. O uso da técnica adequada na cirurgia estética não é suficiente para isentar o médico da culpa pelo não cumprimento de sua obrigação. [...]”

responsabilidade subjetiva. Processualmente, não há inversão do ônus probatório quando se tratar de obrigações de meio, diferentemente do que ocorrerá nos casos em que as obrigações forem de resultado.

Há inúmeros argumentos favoráveis e contrários sobre cada corrente apresentada, mas o ponto nevrálgico ensejador desta dissertação consiste em confirmar a ineficácia das soluções perfilhadas pelo Brasil²¹⁸ para impulsionar a consecução do propósito basilar da responsabilização civil no âmbito das relações consumeristas estatuídas entre consumidores e os fornecedores tidos por profissionais liberais: oportunizar aos primeiros, reconhecidamente vulneráveis, a efetiva tutela de seus interesses, que perpassa, dentre outras nuances, pela facilitação da defesa de seus direitos, amparando-os, por exemplo, com medidas processuais mitigadoras da desigualdade, de que é exemplo a inversão do ônus da prova.

Os profissionais liberais contam com um poderoso filtro para sua responsabilização civil nas relações de consumo que é a culpa. É a única exceção prevista no Código de Defesa do Consumidor, na contramão da objetivação da responsabilidade civil, o que dificulta a reparação da vítima e precisa de uma solução processual em respeito aos princípios da igualdade e da dignidade, consubstanciados na vulnerabilidade do consumidor e na função reparadora da responsabilidade civil.

²¹⁸ PRUX, Oscar Ivan. *Responsabilidade civil do profissional liberal no Código de Defesa do Consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 238.: “Para o fornecimento de produtos e serviços – exceto os dos profissionais liberais – parece-nos que, com a assimilação da responsabilidade objetiva, atendeu-se satisfatoriamente às exigências mais modernas. Já quanto aos serviços prestados por profissionais liberais, cremos que a legislação ainda não atingiu o patamar de evolução que se espera para um adequado atendimento dos reclamos sociais.

CAPÍTULO 2 – AUSÊNCIA DE IGUALDADE SUBSTANCIAL DO PROFISSIONAL LIBERAL EM RELAÇÃO AO SEU CONSUMIDOR OCASIONADO PELO ATUAL REGIME DE DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

A responsabilidade civil atual tem como função primordial a reparação da vítima, o que gera um processo de erosão seus filtros tradicionais, especialmente a desidratação da culpa. O profissional liberal responde pelo fato do serviço mediante a verificação da culpa, exceção legal que caminha no sentido contrário do movimento de mitigação da culpa, mas que tem sua razão de ser baseada nas características peculiares que diferenciam este fornecedor dos demais.

Da mesma forma que suas características próprias justificam a responsabilidade subjetiva, existem outras que desequilibram, em favor do profissional liberal, sua relação com o consumidor. Diante disso, faz-se imprescindível a busca de uma saída processual para a questão, a qual se inicia pela análise do atual regime de distribuição do ônus da prova no sistema processual brasileiro.

2.1 O direito à regular produção de prova pelo consumidor: efetividade do direito constitucional ao devido processo legal

A Constituição Federal brasileira é conhecida por ser analítica e regular de forma exaustiva diversos temas. Além de ser fonte de validade formal das leis infraconstitucionais, exerce o papel de reserva axiológica da justiça. Ao dar sentido axiológico, ou valorativo, ao ordenamento jurídico como um todo, permite que, na interpretação do direito e na sua concretização por intermédio do processo, seja realizada a justiça almejada.²¹⁹

O processo civil, assim como seus institutos, compreendidos a partir da Constituição Federal, passa a ser analisado como um conjunto de instrumentos voltados à concretização da justiça, e não como pura técnica lógico-formal. O processo, tido como instrumento técnico, não se resume a um fim em si mesmo, mas deve buscar os pretensos fins a serem alcançados pelo ordenamento jurídico,

²¹⁹ CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 95-96.

traduzindo e regulamentando a garantia de justiça contida na Constituição Federal.²²⁰

A proteção efetiva dos direitos individuais e coletivos passou a ser assegurada por um modelo garantista de jurisdição apresentado na Constituição Federal. Surge a noção de processo justo preocupado com a efetividade do processo e a viabilidade da obtenção da tutela do direito material, considerando-se insuficiente o simples acesso formal à Justiça fornecido pelo Estado. Processo justo e equânime deve observar as garantias, os princípios e as regras dispostas na Constituição Federal e nas leis infraconstitucionais.²²¹

O princípio do devido processo legal²²² foi expresso pela primeira vez na Constituição Federal de 1988, não havendo sua menção expressa em diplomas anteriores, dissipando qualquer dúvida quanto a sua aplicação. O artigo 5º, LIV da CF dispõe que ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Trata-se de uma verdadeira válvula reguladora entre a liberdade individual e as imposições do Estado, sendo imprescindível para a solução de conflitos de interesse.²²³

O princípio do devido processo legal, em seu sentido genérico, consiste na garantia que visa à proteção da pessoa em face da atitude arbitrária do Estado. É a possibilidade do cidadão se defender ou buscar o direito que lhe pertence. Em sentido substancial, tem relação com o direito material, na perspectiva de que a

²²⁰ CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 98-99.

²²¹ BAZZANEZE, Thaís. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios: análise à luz do devido processo legal e do acesso à justiça. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 205, p. 55-87, mar. 2012. p. 55.

²²² ZOLANDECK, João Carlos Adalberto. *Ônus da prova no direito processual constitucional civil e no direito do consumidor*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 67-68: "Como fato histórico é preciso anotar que a Constituição da República de 1988, mais detidamente no artigo 5º, XXXV, está associado à cláusula *due process of law*, que teve expressão concreta na Magna Carta do Rei João Sem-Terra, no art. 39 quando fizera a promessa de que nenhum homem livre será preso ou privado de sua propriedade ou de sua liberdade, declarado fora da lei ou exilado ou de qualquer maneira destruído, nem o castigaremos ou mandaremos força contra eles salvo julgamento legal feito por seus pares ou pela lei do país.; Algum tempo depois dessa cláusula foi jurada por Eduardo III e teve sua tradição sustentada pelo Direito inglês. Foi também implantada nas Colônias da América do Norte e através da 5ª Emenda foi inserida na Constituição Americana."

²²³ SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova: como garantia constitucional do devido processo legal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 28-49: "A força normativa dos princípios é muito maior que a das simples regras de direito, porque estas vigem na exata medida em que não colidem com aqueles. A função própria dos princípios consiste, justamente, em dar unidade ao sistema jurídico, direcionando a interpretação e a aplicação de suas normas e gerando novas regras em caso de lacunas".

elaboração de leis e a aplicação das leis, seja em processo judicial ou administrativo, deve respeitar o respectivo princípio.²²⁴

O comando constitucional sob enfoque previu, por sua vez, dois outros princípios derivados do devido processo legal, estabelecendo que, aos litigantes, em geral, serão assegurados o contraditório e a ampla defesa, em ampla acepção, para garantirem uma atuação positiva da parte em todos os passos do processo, ensejando uma participação efetiva.²²⁵

O artigo 5º, I, da CF, estabelece um de seus principais direitos fundamentais, objeto do devido processo legal, que é o princípio da igualdade, visto sob duas perspectivas no processo civil: no sentido estático, refere-se à estruturação do processo, o qual deverá ser organizado de forma isonômica, evitando favorecimento e corrigindo prejuízos sofridos por quaisquer dos sujeitos processuais, configurando-se na efetiva paridade de tratamento das partes; sob o prisma dinâmico, visou o legislador impossibilitar a edição de leis ensejadoras de tratamento desigual, salvo quando o fizerem com a finalidade de reconhecer a diferença entre desiguais.²²⁶

O processo justo tem seu fim atendido no momento em que se respeita de forma efetiva o contraditório, resguardando às partes a paridade de armas, consubstanciada no tratamento isonômico dispensado pelo Juiz. Todavia, não se faz suficiente a garantia da igualdade formal, mas sim da igualdade substancial. Deve-se, portanto, garantir o contraditório e, ato contínuo, o devido processo legal, com a

²²⁴ SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova: como garantia constitucional do devido processo legal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 50-51.

²²⁵ FRIEDE, Reis. Do princípio constitucional do contraditório: vertentes material e formal à luz da evolução jurisprudencial e legislativa do regramento processual civil. *Justitia*, São Paulo, v. 70/72, n. 204/206, p. 217- 230, jan./dez. 2013/2015. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Justitia%20n.204-206.13.pdf. Acesso em: 15 jul. 2019. p. 217-218. “Contraditório, de contradita, é Princípio Constitucional previsto no art. 5º, LV, da CF/1988 (‘aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são asseguradas o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes’), sendo, corolário do Princípio do Devido Processo Legal. [...]; O mencionado princípio deve ser entendido de maneira ampla, na qualidade de atuação positiva da parte em todos os passos do processo, influenciando diretamente em quaisquer aspectos, - sejam fatos, provas, pedidos da outra parte -, que sejam importantes para a decisão do conflito. Deixou, portanto, o mesmo de ser apenas e restritivamente um elemento para a dialética do processo, para se caracterizar através da participação efetiva da parte na totalidade do processo”.

²²⁶ SANTOS, Igor Raatz dos. Processo, igualdade e colaboração os deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio como meio de redução das desigualdades no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n. 192, p. 47- 80, fev. 2011. p. 49.

remoção de obstáculos, inclusive de natureza extraprocessual, que impossibilitam o tratamento isonômico das partes.²²⁷

A Constituição Federal não prevê expressamente o direito à prova, o qual deriva diretamente do princípio do devido processo legal, como também da garantia constitucional de acesso à justiça. Pode-se afirmar que o instituto da prova, nesse contexto, tem verdadeiro *status* de direito constitucional, consubstanciado na ampla produção de provas a que a parte tem direito de realizar em juízo.²²⁸ Logo, trata-se de um direito decorrente (e por eles assegurados) de princípios e garantias supraleais, especialmente em razão de ser uma das formas concretas de exercício dessas mesmas garantias, notadamente o devido processo legal.

A produção de provas é o meio pelo qual as partes efetivamente participam do processo, no intuito de que o juiz possibilite o exercício dos direitos correlatos, assim como a paridade de armas.²²⁹ Por conseguinte, deve ser efetivada de forma paritária, equânime, para garantir o exercício dos direitos à isonomia, ao acesso à justiça, ao devido processo legal e seus desdobramentos, tais quais o contraditório e a ampla defesa. A igualdade aqui buscada é a substancial, não apenas a garantia de que as partes estejam com suas posições processuais formalmente asseguradas,

²²⁷ CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 133-135: “Portanto, uma vez que o contraditório possa significar a real oportunidade de *participação* das partes na formação da decisão judicial, essa garantia processual vem a ser um modo de concretização da democracia, servindo como um instrumento de legitimação do exercício do poder jurisdicional.”

²²⁸ COUTO, Camilo José D’Ávila. *Ônus da prova no novo código de processo civil: dinamização: teoria e prática*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 27-28: “O direito constitucional à prova pode ser também abstraído da garantia constitucional do acesso à justiça. Nossa Constituição Republicana garante aos cidadãos, indistintamente, o efetivo acesso à ordem jurídica justa, disponibilizando, através do processo, mecanismos destinados a proporcionar a satisfação do direito de cada indivíduo.; A doutrina brasileira vem firmando entendimento no sentido de que a garantia constitucional do acesso à justiça é a síntese e razão existencial de todas as demais garantias constitucionais, explícitas ou implícitas, inclusive a do devido processo legal, uma vez que contém em sua essência conceitual a obrigação do Estado em prestar um serviço jurisdicional cujo resultado final no processo seja efetivo, tanto em âmbito do direito material quanto das próprias garantias constitucionais.”

²²⁹ FAGUNDES, Higor. *Direito probatório: perspectiva da distribuição dinâmica do ônus da prova*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 32: “Percebe-se, então, que o direito à prova está envolvido por outras garantias de modo a efetivá-lo e também assegurar, por via reflexa, outros direitos fundamentais, de maneiras próxima ao devido processo legal. Assim, por intermédio de sua força normativa, abarca um rol de garantias que funcionam como um ciclo, dentro do qual a submissão ao direito fundamental à prova conduz às demais garantias delineadas neste tópico, pois, caso contrário, ocasionar-se-á uma afronta ao Estado Democrático de Direito.”

mas sim a de que o juiz utilize dos instrumentos presentes no ordenamento jurídico pátrio para garantir a isonomia material das partes.²³⁰

O direito de produzir prova, além de se caracterizar como um direito constitucional, é também um direito processual subjetivo que se estabelece nos termos dos artigos 322 e seguintes do CPC. É subjetivo por afigurar-se como uma faculdade que detém a parte no processo, e não uma obrigação (como o são os direitos objetivos), e é processual porque regulamentado pela lei processual.²³¹

É, ainda, um direito público, por ter como sujeito passivo o Estado-juiz, que deve dar efetividade à instrução probatória, promovendo a livre iniciativa das partes, a participação e o controle destas em todas as fases probatórias, sendo vedado a adoção de medidas que visem limitar ou restringir o exercício do direito à ampla produção de provas.²³²

O termo prova, etimologicamente, vem do latim *probatio*. Significa prova, inspeção, ensaio, argumento, aprovação, verificação. Deriva do verbo *probare*, isto é, demonstrar, provar, fazer aceitar, examinar, fazer reconhecer.²³³ Numa acepção técnico-jurídica, tem a função de assegurar o caráter racional da atividade processual e da própria atividade jurisdicional. Falar de prova é falar de fatos e em sua demonstração realizada em juízo.

Trata-se de um vocábulo com diversos significados: substantivo feminino que significa demonstração; em sentido técnico-jurídico, indica o resultado das atividades probatórias; enquanto verbo transitivo, significa estabelecer a verdade.

²³⁰ BAZZANEZE, Thaís. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios: análise à luz do devido processo legal e do acesso à justiça. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 205, p. 55-87, mar. 2012. p. 56.: “Isso significa que, para que haja o alcance do processo justo, devem ser disponibilizadas condições que permitam a postulação de pretensões em juízo e a obtenção da tutela do direito material pretendida.5 Para tanto é preciso que o processo se amolde ao direito material com a estruturação de técnicas processuais idôneas e adequadas, de forma a garantir a titularidade do direito reclamado. O processo, nesse entendimento, não pode servir como obstáculo ao alcance do direito material, pois, do contrário, representaria a denegação da justiça.

²³¹ ZOLANDECK, João Carlos Adalberto. *Ônus da prova no direito processual constitucional civil e no direito do consumidor*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 72.

²³² COUTO, Camilo José D’Ávila. *Ônus da prova no novo código de processo civil: dinamização: teoria e prática*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 27-28.

²³³ FAGUNDES, Higor. *Direito probatório: perspectiva da distribuição dinâmica do ônus da prova*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 15.

Todavia, dentre todos eles, o que interessa ao presente estudo é o viés jurídico: demonstrar em juízo as alegações firmadas pelas partes.²³⁴

Prova, no sentido objetivo, conceitua-se como o instrumento (ou o meio capaz) para demonstrar a existência de um fato, correspondendo aos documentos, às testemunhas e aos demais meios de prova destinadas ao alcance da verdade. No aspecto subjetivo, vincula-se à convicção final do julgador acerca da existência dos fatos alegados, ligando-se à ideia de resultado ou verdade considerada pelo julgador para decidir o caso em concreto.²³⁵

Compreendem-se as provas, ainda, como os meios de que o julgador necessita para formar seu convencimento, para proferir uma decisão favorável à parte que melhor as produzir, isto é, a que mais se aproximou da realidade.²³⁶ Estabelecido que provar consiste na realização de um conjunto de atividades de demonstração e verificação de fatos apresentados pelas partes, de interesse para a decisão processual, com a finalidade de se estabelecer a verdade próxima dos fatos, esse conjunto é denominado de direito probatório, composto pelo ônus da prova, pelas fontes da prova, pelos meios de prova e pela valoração da prova.²³⁷

A prova cumpre duas funções no processo: interna e externa. Aquela se refere à cognição, servindo como instrumento adequado à reconstrução dos fatos no processo, com a finalidade de proporcionar a formação do juízo decisório do magistrado. A outra é voltada à legitimação social do exercício do poder jurisdicional.²³⁸ Assim, sucintamente, a prova possui a função de reconstrução dos fatos para formação da convicção do julgar e de legitimação social do poder jurisdicional.

²³⁴ COUTO, Camilo José D'Ávila. *Ônus da prova no novo código de processo civil: dinamização: teoria e prática*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 20-22.

²³⁵ ZANETI, Paulo Rogério. *Flexibilização das regras sobre o ônus da prova*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 14.

²³⁶ FAGUNDES, Higor. *Direito probatório: perspectiva da distribuição dinâmica do ônus da prova*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 18.

²³⁷ COUTO, Camilo José D'Ávila. *Ônus da prova no novo código de processo civil: dinamização: teoria e prática*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 25: "Na perspectiva contemporânea, a função da prova vai além e absorve outros elementos, não se satisfazendo com a formação de qualquer provimento, mas exigindo um provimento justo e eficiente, dentro da linha metodológica de um processo civil publicista e de resultados, através do qual o juiz tem o dever de dar efetividade ao princípio do acesso à justiça, na concepção ampla da expressão."

²³⁸ CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 57.

O objeto da prova são os fatos que constituem o suporte fático de uma norma (*fattispecie*).²³⁹ “Qualquer fato ou circunstância, cuja demonstração for relevante para convencer o juiz sobre a veracidade das alegações das partes, constitui objeto de prova.”²⁴⁰ Todavia, nem todos os fatos são objeto de prova, assim como nem todo direito dela estará excluído. Somente os fatos controvertidos e relevantes para a solução do processo serão objeto de prova. Fato controvertido é o alegado por uma parte e refutado pela outra; relevante, ou útil, é o fato que tiver o poder de influir no julgamento de pretensões submetidas ao Poder Judiciário.²⁴¹

Há fatos, contudo, que embora incontroversos, não impugnados pela parte contrária, são objeto de prova por expresso comando legal, como nos casos de direitos indisponíveis ou de estado da pessoa. Os fatos incontroversos, mas improváveis ou impossíveis de ocorrer no cotidiano, também são objeto de prova, como a suposta alegação de que um avião conseguiria pousar sobre um carro.²⁴²

O artigo 374 do CPC, além dos fatos admitidos no processo como incontroversos, estabelece que não dependem de prova os fatos notórios, afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária e em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade. Tais fatos não são objeto de prova exatamente por já serem conhecidos de todos. Devem ser entendidos como aqueles cujo conhecimento faz parte da cultura normal de determinado grupo ao tempo da decisão, não se fazendo necessário que todos detenham seu conhecimento para serem qualificados como notórios, considerando-se como norte as pessoas de cultura média (inclusive o juiz).²⁴³

Estar-se-á diante de uma confissão, e não de simples admissão tácita, no caso dos fatos afirmados por uma parte e confessados por outra, o que se enquadraria melhor nos fatos incontroversos. As presunções, por fim, se caracterizam no exercício de abstração de um fato desconhecido por meio de um

²³⁹ GARCIA, André Almeida. *Prova civil*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 30.: “Objeto da prova é aquilo que será investigado pelo juiz, que está restrito aos fatos alegados pelas partes, não podendo examinar outros, ainda que lhe pareçam importantes; em linhas gerais, devem ser objeto de prova os fatos que constituem o suposto fático de uma norma.”

²⁴⁰ DEDA, Artur Oscar de Oliveira. *A prova no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 4.

²⁴¹ ZANETI, Paulo Rogério. *Flexibilização das regras sobre o ônus da prova*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 20-21.

²⁴² ZANETI, Paulo Rogério. *Flexibilização das regras sobre o ônus da prova*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 21.

²⁴³ GARCIA, André Almeida. *Prova civil*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 31.

fato conhecido, em razão de isso ocorrer em tais circunstâncias em outros casos idênticos.²⁴⁴

O direito, em regra, não será objeto de prova, com base no princípio geral que consagra o seu conhecimento pelo juiz.²⁴⁵ Contudo, o artigo 376 do CPC determina que a parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário provar-lhe-á o seu teor e a sua vigência, à critério do juiz. Assim, deverá o sujeito, por precaução, sempre que for se basear em alguma legislação condizente com o artigo supramencionado, juntar aos autos prova do seu teor e de sua vigência.

A doutrina se divide em duas teorias no tocante à destinação da prova. Para a primeira linha, o seu destinatário é o juiz, por ser o sujeito competente para formar convencimento acerca do litígio apresentado em juízo pelas partes, cuja finalidade será o provimento jurisdicional.²⁴⁶ Para a segunda corrente, o destinatário da prova é o processo, pois o juiz deverá julgar conforme as alegações feitas nos autos, e não no que está fora em qualquer outra esfera, no sentido de que a parte faz a prova para que seja adquirida no processo com a finalidade de convencer o juiz acerca da existência do fato alegado.²⁴⁷

O entendimento majoritário corrobora a primeira corrente.²⁴⁸ O magistrado é o destinatário direto da prova, pois será quem fará a valoração do quanto ela

²⁴⁴ DEDA, Artur Oscar de Oliveira. *A prova no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 7.: “As presunções classificam-se em legais e comuns, conforme sejam estabelecidas em lei, ou resultem do raciocínio do juiz, fundado no que ordinariamente acontece. As legais subdividem-se em *juris et de jure*, também denominadas absolutas, peremptórias ou indisputáveis; e *juris tantum*, também chamadas relativas, condicionais ou disputáveis. Normalmente, o critério distintivo entre umas e outras é o de que as presunções *juris et de jure* não admitem prova em contrário. O que não acontece com as relativas, que somente prevalecem enquanto prova em contrário não houver.”

²⁴⁵ GARCIA, André Almeida. *Prova civil*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 30.

²⁴⁶ BURGARELLI, Aclibes. *Tratado das provas cíveis*: ilustrações doutrinárias e jurisprudenciais. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. p. 133.: “Em itens anteriores foi assinalado que a prova tem por destinatário o juiz; este, na condição de órgão representativo do poder jurisdicional, em prol do qual deve executar a tarefa intelectual de formação de convencimento, a respeito da controvérsia angularizada pelas partes, posiciona-se como representante do Judiciário, competente para decidir a respeito da procedência ou de improcedência da pretensão deduzida em juízo pela parte postulante”.

²⁴⁷ FAGUNDES, Higor. *Direito probatório: perspectiva da distribuição dinâmica do ônus da prova*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 34-35.

²⁴⁸ SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova: como garantia constitucional do devido processo legal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 63.: “Apesar de alguns doutrinadores afirmarem que o destinatário da prova é o processo, não nos parece acertado tal entendimento.; O Código de Processo Civil consagra, no art. 132, o princípio da identidade física do juiz, estabelecendo que o juiz que concluir a audiência julgará a lide, exceto no caso de sua convocação, licença, promoção ou aposentadoria, ou ainda, se for afastado por qualquer motivo.;

conseguiu se aproximar da realidade dos fatos, mas se pode afirmar que o processo é o destinatário indireto da prova, por ser o instrumento de concretização e efetivação dos direitos dos litigantes, o qual é conferido por meio da produção probatória.²⁴⁹

Resta consignado, portanto, que o processo civil moderno se utiliza da constituição para dar sentido axiológico à sua aplicação, com vistas ao alcance da justiça almejada. O processo deve assegurar a proteção efetiva dos direitos individuais e coletivos, com fundamento no princípio do devido processo legal, cuja aplicação tem como base a observância da igualdade substancial das partes. O direito à prova deriva diretamente do devido processo legal e tem verdadeiro *status* constitucional, traduzindo-se na aplicação concreta de tal princípio.

Para a hipótese prevista no artigo 14, §4º, do CDC, na qual há desigualdade material das partes, conforme já explicitado no capítulo 1 do presente trabalho, o direito processual deverá atuar com a finalidade de proporcionar paridade de armas às partes litigantes, superando suas desigualdades pelo tratamento condizente com a capacidade probatória de cada uma, o que poderá ser obtido com a correta distribuição do ônus da prova, que seja estudado nos itens seguintes.

2.2 Distribuição estática do ônus da prova aplicada na relação entre profissionais liberais e seus consumidores: descumprimento do princípio da igualdade substancial das partes

A prova²⁵⁰ tem a função de reconstruir os fatos discutidos em determinado processo para formação da convicção do juiz sobre quem é merecedor de ter seus pedidos julgados procedentes. O processo, por sua vez, tem a função de pacificação social, por meio da solução de conflitos. Todavia, muitas vezes os fatos que

O parágrafo único, do referido artigo, dispõe que, em qualquer hipótese, o julgador que proferir a sentença poderá determinar a repetição das provas já produzidas.; Logo, fica evidente que se a prova tivesse como destinatário o processo, seria desnecessário repetir a produção, devendo o magistrado julgar conforma a prova já existente no feito.”

²⁴⁹ FAGUNDES, Higor. *Direito probatório: perspectiva da distribuição dinâmica do ônus da prova*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 35.

²⁵⁰ RUTHES, Astrid Maranhão de Carvalho. *Ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010. p. 127.: “A palavra prova na definição de De Plácido e Silva provém ‘Do latim proba, de probare (demonstrar, reconhecer, formar juízo de), entende-se, assim, no sentido jurídico, a denominação, que se faz pelos meios legais, da existência ou veracidade de um fato material ou de um ato jurídico, em virtude do qual se conclui por sua existência do fato ou do ato demonstrado.”

serviram de fundamento para o julgamento não ocorreram no mundo real, ou podem não ter sequer sido objeto de investigação probatória, mitigando a função pacificadora do processo que seria obtida por intermédio de uma solução justa, entendida como a mais condizente com a realidade do ocorrido.²⁵¹

A solução justa, entendida como a que compreende os fatos, por meio das provas, da forma mais semelhante à realidade, depende do atendimento de inúmeras variáveis, notadamente da produção de prova que mais respeite a ampla defesa e o contraditório possível, por meio da consideração dos meios e das fontes de prova disponíveis. Todavia, a necessidade de eficiência e celeridade processuais termina por desconsiderar, parcialmente, tais preceitos, além da própria limitação material no ato da produção de prova, criando dúvidas e embaraços ao juiz no processo de cognição judicial.

O ônus da prova foi a solução apresentada pela doutrina e prevista na legislação exatamente para as situações em que a produção de prova restar insatisfatória. O tema ônus da prova teve seu estudo bem desenvolvido pelo jurista alemão Leo Rosenberg, que influenciou diversos diplomas legais, dentre eles o brasileiro. A Teoria das Normas, desenvolvida por Rosenberg, prevê que cada parte no processo deve provar os fatos que lhe são favoráveis na solução do litígio.²⁵²

É importante, antes de se radicar no estudo do ônus da prova, diferenciá-lo do ônus da afirmação. No sistema dispositivo, que serve de lastro para o processo civil brasileiro, a parte deve, antes de provar, mencionar, mediante uma afirmação, os fatos necessários à decisão judicial, conforme previsto no artigo 319 do CPC, o qual estatui que a parte indicará na petição inicial os fatos e os fundamentos do

²⁵¹ MACHADO, Marcelo Pacheco. Ônus estático, ônus dinâmico e inversão do ônus da prova: análise crítica do projeto de novo código de processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 208, p. 295-316, jun. 2012. p. 296: “Os fatos tomados como premissa de julgamento podem não haver ocorrido no mundo real, ou o que é pior, dependendo da técnica processual aplicável, podem sequer terem sido objeto de investigação por meio de técnicas probatórias.; Defronte à função de pacificar conflitos (escopo social), o escopo jurídico do processo é muitas vezes mitigado. A solução justa, entendida como aquela condizente com a realidade e com a norma aplicável, depende do atendimento de inúmeras variáveis. É necessário estarmos diante de uma estrutura judicial adequada, eficiente e célere, é necessário estarem presentes e disponíveis todos os meios e fontes de prova e, sobretudo, é necessário o amplo respeito às garantias constitucionais do processo. Porém, raramente todos esses elementos confluem num dado caso concreto.

²⁵² AUFIERO, Mario Vitor M. Dinamização do ônus da prova e o dever de custeá-la. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 273, p. 149-167, nov. 2017, p. 150.

pedido. Define-se ônus da afirmação como sendo o que impõe à parte o ônus de apresentar suas alegações em juízo.²⁵³

O ordenamento jurídico deve apresentar uma solução para a insuficiência de provas diante das dúvidas advindas da limitação na produção da prova, inclusive em ocasiões nas quais não é possível sua produção, e considerando a busca de uma solução justa para o conflito. O ônus da prova aparece para suprir a necessidade de formação do convencimento do juiz quanto aos fatos alegados pelas partes.²⁵⁴

A conservação do princípio dispositivo no processo se relaciona estreitamente com a teoria do ônus da prova no que concerne à verificação dos fatos. Em um sistema inquisitório, em que é admitida a ilimitada pesquisa de ofício da veracidade dos fatos, não haveria sentido para a repartição do ônus da prova e a consequente penalização da parte que não o cumpriu.²⁵⁵

Ônus da prova deve ser entendido como a necessidade de se produzir a prova que confirma a existência de determinado fato, sob pena de, havendo dúvida por parte do julgador, uma das partes sofrer as consequências decorrentes de sua insuficiência ou falta.²⁵⁶ Advém da não admissão que o juiz, em razão de não se convencer acerca da razão de alguma das partes por ausência ou insuficiência de provas, pronuncie o *non liquet* e deixe de julgar o caso.²⁵⁷

Conceitua-se ônus da prova como o encargo da prova, que é suportado pelas partes no interesse de provar o alegado no processo. É o encargo que tem o

²⁵³ KARAM, Munir. Ônus da prova: noções fundamentais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 17, p. 50-60, jan. 1980. p. 54: "As teorias expostas, embora diverjam quanto aos critérios adotados, partem de preceito indiscutido: as partes assumem em juízo dois ônus: a) ônus da afirmação, isto é, devem afirmar a existência de fato jurídico. no qual se funda o pedido; b) ônus da prova, isto é, precisam provar a veracidade da afirmação ou a existência do elemento fático.

²⁵⁴ YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Considerações sobre a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 205, p. 115-158, mar. 2012. p. 116.

²⁵⁵ KARAM, Munir. Ônus da prova: noções fundamentais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 17, p. 50-60, jan. 1980. p. 53.

²⁵⁶ MACHADO, Marcelo Pacheco. Ônus estático, ônus dinâmico e inversão do ônus da prova: análise crítica do projeto de novo código de processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 208, p. 295-316, jun. 2012. p. 297: Os ônus da prova servem de ferramenta ao juiz, para que presuma a ocorrência de fatos (alegados) que, embora sejam fundamentais para a resolução do litígio, não foram objeto de instrução probatória suficiente. Permitem, em síntese, que o juiz relate uma realidade que não sofreu investigação e que, a despeito disso, poderá servir de premissa para um julgamento de mérito.; E o fazem para viabilizar a pacificação social. Tendo em vista a vedação do *non liquet*, é necessário armar o juiz de mecanismo apto a dar solução a feitos em que as provas produzidas não são suficientes para esclarecer a veracidade das alegações das partes.

²⁵⁷ GARCIA, André Almeida. A distribuição do ônus da prova e sua inversão judicial no sistema processual vigente e no projetado. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 208, p. 91-124, jun. 2012. p. 92.

litigante de comprovar, mediante a produção de provas, os fatos alegados no processo que lhe sejam benéficos.²⁵⁸

Ônus da prova não é sinônimo de dever. O dever é algo imposto ao destinatário sobre o qual não há discricionariedade, cujo descumprimento poderia ser considerado como ilícito sujeito a sanção. Já o ônus é uma faculdade, da qual se vale a parte, em prol do seu interesse, para evitar eventual prejuízo decorrente de sua omissão.²⁵⁹ Também é diferente de obrigação. Esta, em regra, é ligada ao direito material e requer uma conduta de adimplemento, cuja omissão do devedor poderá dar vez à coerção.²⁶⁰ Há, contudo, ainda divergências doutrinárias sobre as teorias do ônus da prova, mas que não são relevantes para a sua aplicação prática.²⁶¹

Divide-se o ônus da prova em objetivo e subjetivo. Este, também chamado de ônus formal, dirige-se às partes processuais, indicando quem deve suportar o encargo de provar as alegações feitas em juízo. Tem como finalidade esclarecer e cientificar cada parte do prejuízo que poderá acarretar pela não produção de determinado conteúdo probatório. Já aquele, inversamente, é destinado ao julgador e surge da vedação ao *non liquet*, servindo como regra de julgamento. Age ao determinar qual das partes suportará a consequência da prova insuficiente, ou inexistente, permitindo ao juiz que julgue o caso apesar da deficiência probatória dos atos processuais e considere qual das partes possui direito de ter seus pedidos considerados procedentes. Em suma, são regras que se destinam às partes e ao magistrado em diferentes fases do processo.²⁶²

²⁵⁸ CURY, Augusto Jorge. Decisão sobre ônus da prova: o momento adequado à sua inversão judicial. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 277, p. 79-110, mar. 2018. p. 81.

²⁵⁹ PEDRON, Flávio Quinaud; FERREIRA, Isadora Costa. O ônus da prova dinâmico no código de processo civil de 2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 285, p. 121-156, nov. 2018.

²⁶⁰ SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova: como garantia constitucional do devido processo legal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 65.

²⁶¹ ZANETI, Paulo Rogério. *Flexibilização das regras sobre o ônus da prova*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 75.: “Podemos, então, concluir, em apertada síntese, que, de sinônimo de ‘obrigação’, a noção de “ônus” passou a ser compreendida como espécie de dever (como situação jurídica passiva) e, posteriormente, como direito (situação jurídica ativa), poder da parte ou, até mesmo, como imperativo do próprio interesse”.

²⁶² BRASIL JUNIOR, Samuel Meira; CUNHA; Gabriel Sardenberg. Inversão do ônus da prova e o código de processo civil de 2015: retrato da distribuição dinâmica. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 283, p. 257-284, set. 2018. p. 259: “Com efeito, o entendimento que se extrai dessas acepções de ônus probatório é de que são regras que se destinam tanto quanto para as partes quanto para o magistrado e em fases diferentes do processo. Na fase instrutória assume a função coativa,¹⁴ de regra de conduta e, quando no provimento jurisdicional, regra de julgamento, ao

O sistema processual brasileiro, seguindo o modelo clássico de distribuição do ônus da prova estabeleceu, de maneira fixa e prévia, sobre quem recairá o ônus da prova no caso de sua falta ou insuficiência. É a distribuição estática do ônus da prova, disciplinada no artigo 373 do CPC, que imputa ao autor o ônus quanto ao fato constitutivo de seu direito e ao réu aspectos atinentes à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.²⁶³

O Código de Processo Civil, apesar da importância do brocardo “quem alega deve provar” no desenvolvimento da distribuição do ônus da prova, optou por ir além e estabelecer regras fixas e objetivas²⁶⁴, atribuindo ao autor o ônus referente aos fatos constitutivos do seu direito e ao réu os modificativos, extintivos e impeditivos do direito do autor.²⁶⁵

Fatos constitutivos são os que fazem nascer a relação jurídica, que decorrem do interesse material, como uma compra e venda de imóvel. Ao contrário, os extintivos são os que têm a capacidade de causar a cessação da relação jurídica, como o pagamento em uma ação de cobrança. Já os impeditivos são os que obstam o efeito que seria normalmente obtido pelo fato constitutivo alegado, como a prova de um vício de um consentimento em uma compra e venda que deveria servir de

viabilizar o pronunciamento diante do conteúdo probatório produzido em instrução, qualquer que ele seja”.

²⁶³ GARCIA, André Almeida. A distribuição do ônus da prova e sua inversão judicial no sistema processual vigente e no projetado. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 208, p. 91-124, jun. 2012. p. 93: “De acordo com a regra geral, encontra-se o autor em posição de manifesta desvantagem em relação ao réu: enquanto o autor deverá sempre fazer prova do fato constitutivo de seu direito, o réu somente terá de produzi-la na hipótese de já ter sido comprovada ou reconhecida a alegação fática do autor (ou deverá fazer prova que demonstre a inocorrência do afirmado pelo autor, ou deverá provar a ocorrência de fato novo que impede a consequência prevista na norma que dá suporte ao pedido do autor)”.

²⁶⁴ YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Considerações sobre a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 205, p. 115-158, mar. 2012. p. 118.: “Da leitura do texto legal resulta claro que o legislador, dentro da margem de liberdade que lhe concede o devido processo legal para disciplinar o direito processual, estabeleceu critério estático ou fixo para distribuir o ônus probatório entre os litigantes,²⁵ vale dizer, na falta de expressa autorização legal não pode o juiz, em razão de eventuais particularidades de cada caso concreto, deixar de atribuir ao autor a consequência da inexistência de prova dos fatos constitutivos por ele alegados (= improcedência do pedido), nem ao réu a da inexistência de prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor (= procedência do pedido).”

²⁶⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. *Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro*. Disponível em: https://www.academia.edu/305683/%C3%94nus_Da_Prova_E_Sua_Modifica%C3%A7%C3%A3o_No_Processo_Civil_Brasileiro. Acesso em: 20 mar. 2019.: “Deste modo, ainda que tenha o réu afirmado, em sua contestação, um fato constitutivo do direito do autor (como existente ou não), ou mesmo que tenha o autor apontado, em sua petição inicial, fato extintivo de seu direito (também como existente ou não), tais circunstâncias não têm o efeito de alterar o *onus probandi*, incidindo, ainda assim, a regra objetiva nesse caso”.

fato constitutivo. Por fim, os fatos modificativos não servem para fulminar a relação jurídica ou impedir a concretização de seus efeitos, mas para revestir os fatos constitutivos com outra roupagem, como no caso de cumprimento parcial de obrigação consistente em pagamento de valor, na qual o autor executa o valor total e o réu demonstra que o valor devido deve ser reduzido em razão de pagamento parcial.²⁶⁶

Depreende-se da leitura do artigo 373, e de seus incisos, do CPC, que, para ocorrer a distribuição do ônus da prova, é levada em consideração a posição processual da parte, a natureza do fato que pretende se provar, e o interesse em provar o fato. É caso de distribuição genérica do ônus da prova sem se atentar a análise do caso concreto submetido ao juízo. A distribuição estática do ônus da prova se perfaz como sistema inflexível que preza por maior segurança jurídica das partes, exatamente em razão das informações prévias que o sistema proporciona.²⁶⁷

A distribuição da prova, em razão de ter sido fixada previamente no Código de Processo Civil, é de conhecimento das partes e de seus patronos ao se depararem com um processo judicial, especialmente a distribuição estática, por ser a regra geral do ordenamento jurídico brasileiro. Necessário se faz, nesse contexto, saber em qual momento o juiz esclarece as provas relevantes ao caso e quem são os responsáveis por produzi-las.

O artigo 357 do CPC, mantendo parcialmente o previsto no artigo 331 do CPC anterior, dispõe que deverá o juiz, não ocorrendo as hipóteses do capítulo, decidir acerca do saneamento e da organização do processo, delimitando as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, os meios de prova admitidos e definir a distribuição do ônus da prova.²⁶⁸

²⁶⁶ SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova: como garantia constitucional do devido processo legal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 68.

²⁶⁷ PEDRON, Flávio Quinaud; FERREIRA, Isadora Costa. O ônus da prova dinâmico no código de processo civil de 2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 285, p. 121-156, nov. 2018.

²⁶⁸ MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 22, p.135-149, abr./ jun. 1997. p. 143.: "[...] embora mantido o art. 451 (talvez por esquecimento), a identificação das questões acerca das quais versará a prova foi transferida da audiência de instrução e julgamento para a nova audiência de conciliação. Ora, no sistema original daquele Código, a fixação desses "pontos controvertidos" ocorria após a produção da prova pericial; hoje, acontecerá, impositivamente ("...o juiz fixará..."), antes da perícia. Como a inversão do ônus probatório, prevista no Código de Defesa do Consumidor, se dará com maior frequência naqueles casos em que a prova técnica se faz imprescindível, segue-se que o juiz, ao indicar os "pontos controvertidos", deverá, também se a hipótese comportar a medida, promover a inversão, da qual as partes serão intimadas na própria

Algumas críticas são feitas, acertadamente, acerca da distribuição estática do ônus da prova. A regra geral adotada pelo Código de Processo Civil é fixa e previamente estabelecida. Sua preocupação está assentada precipuamente na segurança jurídica, suprida pelo fato de o encargo ser previamente fixado. Todavia, em razão de não levar em consideração as particularidades do caso concreto, gera encargo excessivo para uma das partes, consubstanciado na necessidade de produção de uma prova de difícil confecção, como no caso de provas diabólicas.²⁶⁹

A regra geral prevista no Código de Processo Civil, ao levar em consideração essencialmente a posição da parte em juízo e a espécie de fato a ser provado, demonstra-se preocupar muito mais com a decisão judicial, e sua consequente segurança, do que com a tutela substancial em discussão. Essa distribuição, em virtude de exigir por vezes a produção de prova diabólica, inviabiliza, em diversas situações, a tutela dos direitos lesados ou ameaçados.²⁷⁰

Parte da doutrina defende que a distribuição estática do ônus da prova impõe ao autor do processo uma posição de extrema desvantagem, por ter o encargo de provar o fato constitutivo do seu direito, enquanto o réu só terá de produzir na hipótese de verificar que deverá ser reconhecida ou comprovada a alegação fática realizada pelo autor.²⁷¹

Outra parte da doutrina vai além do suposto prejuízo do autor. Entende que ao se permitir às partes o conhecimento prévio do que lhes interessam provar, dá-se azo à ocorrência de situações em que uma das partes, o autor ou o réu, terá mais dificuldade na produção de sua prova, gerando para a parte contrária o benefício da

audiência de conciliação. Assim, já no início da fase instrutória saberão as partes não só quais são os fatos sobre os quais recairá a prova, mas também a qual delas toca o respectivo ônus.³⁹ Preserva-se, com isso, a garantia constitucional da ampla defesa.”

²⁶⁹ PEDRON, Flávio Quinaud; FERREIRA, Isadora Costa. O ônus da prova dinâmico no código de processo civil de 2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 285, p. 121-156, nov. 2018. p. 129: O alicerce central desse sistema estático é garantir uma maior segurança jurídica, com fundamento na previsibilidade de um encargo prefixado. Todavia, em muitos casos, a produção de determinada prova por uma das partes – sobre a qual recairia a priori o ônus probatório – pode ser praticamente impossível ou muito difícil de ocorrer, como que acontece, por exemplo, nas chamadas provas diabólicas [...]; Como visto anteriormente, a distribuição estática do ônus da prova, adotada no CPC/1973, que ainda continua regra no CPC/2015, não observa as particularidades do caso concreto, sendo aplicada a partir de premissas preestabelecidas na legislação processual.”

²⁷⁰ CAMBI, Eduardo. Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova): exegese do art. 373, §§ 1º e 2º do NCP. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 246, p. 86-87, ago. 2015.

²⁷¹ GARCIA, André Almeida. A distribuição do ônus da prova e sua inversão judicial no sistema processual vigente e no projetado. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 208, p. 91-124, jun. 2012. p. 93.

inércia, no intuito de aguardar o provimento que lhe beneficiará, ainda que na verdade não lhe assista razão no caso.²⁷²

A instrução probatória se assentaria em um desenvolvimento marcado pelo comodismo da parte beneficiada, na qual, ao invés de as partes buscarem demonstrar a realidade fática que daria suporte à decisão judicial, saber-se-ia vencedores e vencidos desde o início do processo, apenas em razão da dificuldade que uma parte teria de provar sua versão dos fatos.²⁷³

A inobservância das particularidades do caso concreto e das condições das partes se configura como afronta ao verdadeiro processo justo, orientado pelo devido processo legal e pelo acesso à justiça. Os novos bens jurídicos tutelados pelo direito necessitam de um processo legal baseado no real acesso à justiça, fundamentado no respeito à igualdade substancial das partes, e não apenas na segurança jurídica que acarreta a observância da simples igualdade formal.

É bastante comum que a desigualdade advinda da relação de direito material adentre na relação de direito processual, pois a aplicação da distribuição estática do ônus da prova acaba por proteger o litigante processual que apresenta as melhores condições econômicas e técnicas de reprodução da realidade fática em juízo.

A inviabilidade do exercício do direito constitucional à prova afronta, além do princípio constitucional do devido processo legal, a igualdade material consagrada pelo Estado de Direito, amplamente assegurado na Constituição Federal.²⁷⁴ E o fato

²⁷² BRASIL JUNIOR, Samuel Meira. CUNHA; Gabriel Sardenberg. Inversão do ônus da prova e o código de processo civil de 2015: retrato da distribuição dinâmica. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 283, p. 257-284, set. 2018. p. 260.

²⁷³ BRASIL JUNIOR, Samuel Meira. CUNHA; Gabriel Sardenberg. Inversão do ônus da prova e o código de processo civil de 2015: retrato da distribuição dinâmica. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 283, p. 257-284, set. 2018. p. 260: “Quando a Lei, portanto, pauta-se em critérios estritamente objetivos quanto à fixação dos ônus probatórios, surgidas hipóteses na qual a parte é incapaz de quitar com o encargo, sendo que seu adversário possui amplo acesso aos meios de prova capazes de resolver a controvérsia, há, por consequência, insuficiência na norma geral e abstrata e da própria técnica processual em conciliar com equidade a participação dos litigantes na instrução, além de haver risco ao efetivo exercício do contraditório.”

²⁷⁴ BAZZANEZE, Thaís. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios: análise à luz do devido processo legal e do acesso à justiça. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 205, p. 55-87, mar. 2012. p. 55. “Por sua interpretação tradicional, acaba por proteger o litigante processual que possui melhores condições econômicas e técnicas de demonstrar ou omitir a realidade fática em juízo, o que tende a garantir privilégio inconstitucional. [...] Além disso, trata de regra que resgata a diretriz da igualdade formal do Estado Liberal, razão pela qual, por vezes, não atinge a evolução do direito representada pela igualdade material consagrada pelo Estado Democrático de Direito e pela Constituição de 1988. [...] Por conta dessa desigualdade material que permeia o ônus da prova,

de ter adotado uma visão excessivamente fixa, baseada na distribuição estática do ônus da prova, cujas regras são demasiadamente rígidas, e sem atenção para as particularidades do caso concreto a ser julgado, demanda pela busca de uma nova solução²⁷⁵, cujo nascedouro, no ordenamento jurídico brasileiro, deu-se no bojo do Código de Defesa do Consumidor, o qual flexibilizou, pela primeira vez, a regra geral de distribuição do ônus da prova, assim também no âmbito do Código de Processo Civil de 2015, que trouxe uma inovadora e eficiente contribuição por meio da distribuição dinâmica do ônus da prova estudada mais à frente.

2.3 A inconsistência da inversão do ônus da prova fundada na natureza da obrigação

A imprestabilidade da distribuição estática do ônus da prova, em virtude do desrespeito à igualdade substancial das partes e ao devido processo legal, baseada na visão tradicional de que o autor é incumbido de comprovar os fatos constitutivos de seu direito e sobre o réu recai o encargo de comprovar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, resultou na necessidade da existência de regras de flexibilização da distribuição do ônus da prova no ordenamento jurídico brasileiro.

As relações tuteladas pelo Código de Defesa do Consumidor, conforme amplamente demonstrado no capítulo 1, são regidas por um sistema de direito preventivo, cuja finalidade é dar segurança ao consumidor quanto à possível reparabilidade de danos provocados pelo fornecedor. Como na via processual as regras gerais de prova são regidas pelo Código de Processo Civil, que utiliza a distribuição estática como regra geral, surgiu a necessidade de o Código de Defesa do Consumidor disciplinar modelos alternativos de distribuição para o consumidor, como por exemplo nos litígios que envolvem o campo da medicina, em que há produção de prova técnica.²⁷⁶

pode advir a impossibilidade de provar, impendido o exercício constitucional do direito à prova do litigante. Consequentemente, ante a constatação de ausência de prova, pode o juiz resolver pela aplicação do ônus estático de maneira disforme ao direito substancial, inutilizando, então, o acesso à Justiça.”

²⁷⁵ PEYRANO, Jorge W. Informe sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 217, p. 205-224, mar. 2013. p. 206.

²⁷⁶ RUTHES, Astrid Maranhão de Carvalho. *Ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010. p. 135-137: “Frente a evolução no campo da medicina, atualmente se

Os atos processuais são ordenados, conforme comando legal, sempre em busca de um fim que é a sentença de mérito. O processo, pois, é uma sucessão de atos tendentes a esse desiderato. O mecanismo estabelecido pelo legislador para flexibilizar a distribuição estática do ônus da prova, no Código de Defesa do Consumidor, é a chamada inversão do ônus da prova, que se trata exatamente da não observância da ordem dos atos processuais previstos para a distribuição estática, invertendo-os sem que signifique falta de ordem ou desordem.²⁷⁷

A maleabilização da distribuição estática do ônus da prova, por meio do instituto do Código de Defesa do Consumidor chamado de inversão do ônus da prova, permite a alteração da repartição do encargo probatório em determinados casos. Inverter esse ônus não passa da alteração na forma de distribuí-lo entre as partes, transmitindo a uma delas o encargo que caberia à outra, o que torna contrário o objeto da prova, ou seja, se ao autor caberia provar a existência de determinado fato, a inversão gera à parte contrária o ônus de comprovar sua inexistência. Com a inversão, a parte contrária se torna onerada na contraprova.²⁷⁸

A inversão, cumpre explicar, não consiste em uma alteração própria no regime do ônus da prova, já que não se imputa ao réu o ônus dos fatos constitutivos do direito do autor, nem ao autor os encargos de provar os fatos modificativos, impeditivos e extintivos do próprio direito. O que existe, na prática, é uma modificação no regime tradicional do ônus da prova, de maneira a imputar a falta de prova de determinado fato de maneira diversa do previsto pela regra geral do Código de Processo Civil.²⁷⁹ Assim, a inversão do ônus da prova consiste na flexibilização da distribuição estática do ônus da prova, alterando a repartição do encargo probatório,

deve ter uma maior cautela e cuidado na análise de cada caso de consumo, tendo em vista a preocupação de forma irão ser abarcadas as provas, quando estas demonstram uma nítida insuficiência de conhecimento por parte do consumidor, além do fato que muitas vezes as informações transmitidas apresentam um lado extremamente técnico-científico.”

²⁷⁷ SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova: como garantia constitucional do devido processo legal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 64-65.

²⁷⁸ CURY, Augusto Jorge. Decisão sobre ônus da prova: o momento adequado à sua inversão judicial. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 277, p. 79-110, mar. 2018. p. 85: “Conclui-se, portanto, que a inversão do ônus da prova consiste em repartir-se o ônus probandi de modo diverso da regra geral consagrada pelo ordenamento jurídico processual (artigo 373, caput, do novo Código de Processo Civil (LGL\2015\1656), encarregando-se uma parte de produzir prova contrária de um ou mais fatos alegados pela parte adversa e que, pela regra geral de repartição, deveriam por esta ser provados.”

²⁷⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. *Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro*. Disponível em: https://www.academia.edu/305683/%C3%94nus_Da_Prova_E_Sua_Modifica%C3%A7%C3%A3o_No_Processo_Civil_Brasileiro. Acesso em: 20 mar. 2019.

transmitindo ao autor a contraprova do que deveria ser demonstrado pelo réu, ou ao réu a contraprova do que deveria ser demonstrado pelo autor, sob pena de, ausente ou insuficiente o conjunto probatório dos autos, arcarem com um julgamento desfavorável aos seus interesses.

A doutrina majoritária costuma dividir as espécies de inversão em três: convencionais, baseadas na vontade convergente das partes; legais, que são as provenientes unicamente da lei, como as presunções legais; e judiciais, derivadas das presunções criadas nos julgamentos do magistrado, ou por sua determinação direta, quando houver autorização em lei.²⁸⁰

A inversão da espécie legal, ou *ope legis*, é caracterizada quando a própria lei, em abstrato e sem exigir análise cognitiva específica do juiz, afasta de um determinado caso a aplicação das regras gerais do ônus da prova. É a inversão derivada automaticamente do texto da lei, por redistribuição expressa ou por meio de fixação de presunção *juris tantum*.²⁸¹ Exemplo de inversão *ope legis* é a do artigo 38, do CDC, ao estabelecer que caberá aos patrocinados da mensagem publicitária a prova de sua veracidade.²⁸²

Inversão do ônus convencional se trata das hipóteses em que as partes podem convencionar sobre a matéria probatória, em geral. O artigo 373, §3º, autoriza as partes a convencionarem sobre distribuição diversa do ônus da prova,

²⁸⁰ BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro. O ônus da prova no direito processual civil e a sua inversão: a visão do STJ. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 233, p. 329-363, jul. 2014. p. 339: "As inversões podem ser: (a) convencionais – pela vontade convergente das partes (art. 333, parágrafo único, do CPC); (b) legais – são aquelas provenientes da lei (art. 38 do CDC e as demais presunções legais, isto é, *praesumptiones legis*); (c) judiciais – pelas presunções criadas nos julgamentos dos juízes (*praesumptiones hominis*) ou por determinação direta destes, quando houver autorização em lei (art. 6.º, VIII, do CDC).; Assim sendo, percebe-se que as regras não são contraditórias, mas sim harmonizam-se sem problema algum, principalmente porque tratam de matérias distintas, umas gerais, outras especiais."

²⁸¹ CURY, Augusto Jorge. Decisão sobre ônus da prova: o momento adequado à sua inversão judicial. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 277, p. 79-110, mar. 2018. p. 86.

²⁸² LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; FANECO, Livia Carvalho da Silva. Inversão do ônus da prova no CDC e a inversão procedimental no projeto de novo CPC: distinção entre institutos afins. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 91, p. 309-335, jan./fev. 2014. p. 311.: "A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor (LGL\1990\40) (CDC (LGL\1990\40)) pode se dar tanto em virtude da lei (inversão *ope legis*) quanto em razão da atuação judicial (inversão *ope judicis*). A inversão *ope legis* está prevista no art. 38 do CDC (LGL\1990\40) que dispõe uma nova distribuição do ônus probatório nas questões de publicidade, ou seja, caberá ao patrocinador da mensagem publicitária provar a sua veracidade. Há autores que ainda entendem como inversão *ope legis* do ônus da prova as previstas nos art. 12, § 3.º e art. 14, § 3.º, ambos do CDC (LGL\1990\40), ao prever que caberá ao fornecedor, distribuidor, produtor, entre outros, a prova da inexistência de defeito, a culpa exclusiva do consumidor e a não colocação do produto no mercado.

salvo quando recair sobre direito indisponível ou tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito. A doutrina acrescenta restrição às convenções quando acarretarem restrição da apreciação da prova por parte do julgador.²⁸³

Além das limitações às convenções estabelecidas entre as partes, já expostas, alguns doutrinadores defendem que a inversão, independentemente da espécie, não pode se dar em prejuízo do consumidor, pois o artigo 6º, inciso VIII, do CDC, assegura ao consumidor a facilitação de sua defesa, em respeito ao princípio da igualdade substancial, enquanto o artigo 51, VI, do CPC, configura como nulas as cláusulas contratuais que estabelecem a inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor.²⁸⁴

A terceira e última espécie de inversão, que efetivamente interessa ao presente trabalho, é a denominada de inversão judicial, ou *ope judicis*, que ocorre quando a lei, expressamente, permite ao juiz, ao analisar o caso concreto, distribuir o ônus diversamente da regra geral. É a distribuição realizada casuisticamente pelo juiz, quando este, analisando fundamentadamente os autos, percebe que estão presentes os requisitos explicitados pela lei.²⁸⁵

O CDC dispõe, em seu artigo 6º, sobre os direitos básicos do consumidor. No inciso VIII do referido artigo, consta a facilitação da defesa dos direitos do consumidor, inclusive com a inversão do ônus da prova em seu favor, quando, a

²⁸³ BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro. O ônus da prova no direito processual civil e a sua inversão: a visão do STJ. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 233, p. 329-363, jul. 2014. p. 339.: "Arazi faz uma observação importante: se a convenção tiver por escopo restringir a apreciação da prova por parte do julgador ou, ainda, o exercício dos seus poderes-deveres, deverá ser declarada nula porque importa verdadeira intromissão na atividade do juiz. Todavia, se o pacto tratar, única e exclusivamente, sobre os prejuízos a serem suportados pelas partes na falta de prova a validade há de ser reconhecida. Acontece que a inversão do ônus convencionada entre as partes, desde que respeitadas as limitações constantes da própria norma, não agride nenhum princípio constitucional, nem pratica intromissão na função jurisdicional".

²⁸⁴ LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; FANECO, Livia Carvalho da Silva. Inversão do ônus da prova no CDC e a inversão procedimental no projeto de novo CPC: distinção entre institutos afins. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 91, p. 309-335, jan./fev. 2014. p. 311: "O instituto da inversão do ônus da prova *ope judicis*, por sua vez, apresenta-se disposto no art. 6º, inc. VIII, do CDC (LGL\1990\40). O intuito dessa norma do CDC (LGL\1990\40) é assegurar ao consumidor a facilitação de sua defesa, garantindo, assim, o princípio da igualdade substancial entre consumidor e fornecedor.; Vale destacar que a facilitação da defesa é um direito básico do consumidor, sendo que a possibilidade de inversão do ônus da prova é um instrumento para tanto. Por isso, a inversão nunca poderá se dar em desfavor do consumidor. Nem mesmo por uma estipulação contratual que inverta o ônus da prova em detrimento do consumidor, cláusula abusiva, portanto, nula de pleno direito consoante o art. 51, inc. VI do CDC (LGL\1990\40), *in verbis*: "São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: VI – estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor."

²⁸⁵ CURY, Augusto Jorge. Decisão sobre ônus da prova: o momento adequado à sua inversão judicial. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 277, p. 79-110, mar. 2018. p. 87.

critério do juiz, houver verossimilhança na alegação ou quando o consumidor for hipossuficiente, nos termos das regras ordinárias de experiência.

A inversão judicial prevista no artigo 6º, inciso VIII, do CDC, é de extrema importância para o presente estudo pois, além de permitir claramente a flexibilização do ônus da prova tradicional, conhecido como estático, é bastante comparado com o caso de distribuição dinâmica do ônus da prova que será tratado especificamente no próximo tópico.

Extraí-se, de uma leitura atenta do Código de Defesa do Consumidor, que os requisitos para a inversão do ônus da prova são a constatação de verossimilhança das alegações do consumidor, ou sua hipossuficiência, por parte do juiz que, com base nas regras ordinárias de experiência, fundamentará sua decisão no sentido de afastar a distribuição estática do ônus da prova prevista no artigo 373, I e II, do CPC.

286

A verossimilhança deverá ser apurada segundo os critérios ditados pelas máximas de experiência, que são os juízos hipotéticos em relação ao fato ocorrido, baseados na normalidade e na experiência acerca de certo estado de coisas. Será verossímil a alegação que, segundo as regras de experiência comum ou científica, for plausível ao magistrado. Eventualmente, quando a natureza do direito ou as circunstâncias do caso não permitirem a elucidação dos fatos, o juiz não estará obrigado a julgar sob a égide da certeza, mas estará, sim, autorizado a apenas, com base na aparência ou na verossimilhança, inverter o ônus da prova em favor do consumidor e julgar favoravelmente ao seu pedido.²⁸⁷

Hipossuficiência, segundo requisito para inversão do ônus da prova, não se confunde com vulnerabilidade. O princípio da vulnerabilidade, expresso no artigo 4º do CDC, representa uma presunção absoluta em favor do consumidor, que é

²⁸⁶ SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova: como garantia constitucional do devido processo legal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 68-70: "A figura da inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor surgiu da necessidade de superação das desigualdades, uma vez que, de um modo geral, à evidência, consumidores e fornecedores estão em patamares diversos.; Com a inversão do ônus da prova ocorre uma facilitação da defesa do consumidor em juízo, em razão de ser a parte mais fraca ou, quase sempre, hipossuficiente. [...] A regra é clara e precisa. Constatada a verossimilhança das alegações ou a hipossuficiência do consumidor, o juiz deverá inverter o ônus da prova".

²⁸⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. *Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro*. Disponível em: https://www.academia.edu/305683/%C3%94nus_Da_Prova_E_Sua_Modifica%C3%A7%C3%A3o_No_Processo_Civil_Brasileiro. Acesso em: 20 mar. 2019.

considerado vulnerável, seja qual for sua relação com o fornecedor. A hipossuficiência, por sua vez, é considerada uma questão de direito processual, que acarreta a inversão do ônus da prova e deve ser demonstrada no caso em concreto. Para o Superior Tribunal de Justiça, a vulnerabilidade e a hipossuficiência são conceitos jurídicos indeterminados, que devem ser analisados no caso a caso.²⁸⁸

A hipossuficiência deve ser compreendida como um estado em que a parte se encontra quando desprovida de algo, ainda que parcialmente. Para os termos do Código de Defesa do Consumidor, é a ausência de condições técnico-jurídicas, ou econômicas, a que está submetido o sujeito. Tem sua vinculação com a situação de direito material, mas é no direito processual que possui sua aplicação prática.²⁸⁹

Inverte-se o ônus da prova quando presente apenas um dos requisitos. O Código de Defesa do Consumidor é claro ao afirmar que haverá a inversão quando verossímeis as alegações ou quando o consumidor for hipossuficiente. Utilizou-se da conjunção “ou”, o que dá ideia de alternância. Afirmar o contrário disso é desrespeitar a hermenêutica que deve ser aplicada às relações de consumo e a própria interpretação literal da lei.²⁹⁰ No entanto, há doutrina que defende a

²⁸⁸ LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; FANECO, Livia Carvalho da Silva. Inversão do ônus da prova no CDC e a inversão procedimental no projeto de novo CPC: distinção entre institutos afins. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 91, p. 309-335, jan./fev. 2014. p. 313.: “Assim, conclui-se que a vulnerabilidade é absoluta (*iures et de iure*) na hipótese de consumidor, pessoa física - destinatário final (uso próprio ou família); e é uma presunção relativa (*iures tantum*) na hipótese de consumidor pessoa jurídica - intermediário (aquisição para uso profissional).; No entanto, a hipossuficiência, como um dos requisitos para a inversão do ônus da prova, trata-se de uma presunção relativa em quaisquer das hipóteses de relação de consumo. Pode-se acrescentar ainda que o entendimento do STJ é no sentido de ser a vulnerabilidade uma questão de direito material e hipossuficiência de direito processual.; Tanto a vulnerabilidade quanto a hipossuficiência podem ser: econômica, jurídica, técnica ou mesmo social. Há autores¹⁰ que entendem que a hipossuficiência delineada pelo Código de Defesa do Consumidor (LGL\1990\40) para a inversão do ônus da prova precisa ser técnica. Portanto, no caso de não haver hipossuficiência técnica, mas sim econômica, não se aplicaria a inversão por falta do requisito, não sendo esta a posição que prevalece.

²⁸⁹ PEDRON, Flávio Quinaud; FERREIRA, Isadora Costa. O ônus da prova dinâmico no código de processo civil de 2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 285, p. 121-156, nov. 2018. p. 125-126.

²⁹⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. *Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro*. Disponível em: https://www.academia.edu/305683/%C3%94nus_Da_Prova_E_Sua_Modifica%C3%A7%C3%A3o_No_Processo_Civil_Brasileiro. Acesso em: 20 mar. 2019: “Note-se que o preceito legal prevê situações distintas, não se podendo aceitar a orientação que vê a necessidade da conjugação de ambos os requisitos para a modificação em questão. De fato, há quem sustente que será sempre necessário que surja a verossimilhança da alegação do consumidor e a sua hipossuficiência (aliada àquela). A tese não pode ser admitida, já que o texto legal é claro em exigir apenas uma das situações descritas – sendo inviável, até mesmo para atender ao espírito do preceito, exigir-se a conjugação de ambos os requisitos. Por outro lado, como se verá a seguir, apenas uma das

apreciação conjunta dos requisitos para fins de inversão do ônus da prova. Defende que entender pela aplicação alternativa dos requisitos ofenderia o princípio da isonomia, pois uma simples dificuldade econômica da parte poderia ensejar a inversão do ônus da prova.²⁹¹ Outros sustentam que ausente a hipossuficiência, não há desigualdade a ser corrigida, porque, ante a verossimilhança das alegações do consumidor, poder-se-ia submeter o fornecedor ao risco de produzir uma prova impossível, medida que seria inadequada.²⁹²

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), para solucionar a divergência doutrinária, em caso que tratou de não cobertura do plano de saúde para a realização de cirurgia plástica reparadora, adotou o entendimento de que a inversão do ônus da prova não ocorre em todas as situações que a relação jurídica é regulamentada pelo Código de Defesa do Consumidor, mas apenas quando for demonstrada, alternativamente, a verossimilhança das alegações ou a hipossuficiência da parte, entendida esta última como a dificuldade na produção de prova.²⁹³ Esse é o entendimento que predomina na Corte Superior.²⁹⁴

hipóteses descritas corresponde, efetivamente, a situação em que haverá *modificação* do critério do ônus da prova”.

²⁹¹ PEDRON, Flávio Quinaud; FERREIRA, Isadora Costa. O ônus da prova dinâmico no código de processo civil de 2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 285, p. 121-156, nov. 2018. p.132: “Em que pese quem sustente a alternatividade dos requisitos da verossimilhança das alegações e da hipossuficiência este trabalho se alinha ao entendimento de que tais requisitos são cumulativos, pois para que ocorra a garantia do princípio processual da isonomia a inversão do ônus da prova deve ser aplicada apenas aos casos em que reste demonstrada a impossibilidade da produção da prova pelo consumidor. Isso porque, ao analisar os requisitos da hipossuficiência e da verossimilhança das alegações de forma isolada pode acontecer de avaliar-se e apegar-se apenas a elementos extraprocessuais, como a condição financeira do consumidor, o que não seria razoável tendo em vista que o processo deve se atear aos elementos processuais. Nesse diapasão, pode-se constatar que o objetivo do CDC ao estipular o art. 6º, inciso VIII, foi criar uma norma processual que assegurasse a efetividade dos direitos tutelados pelo CDC, facilitando a defesa do consumidor no campo da instrução probatória do processo, mas sem se esquecer do princípio processual da isonomia entre as partes. Dessa forma, partindo do modelo de distribuição probatória adotado no CDC foi possível inferir que nem sempre a distribuição estática do ônus da prova é capaz de garantir a máxima efetividade processual, razão pelo qual se fez necessário positivar a distribuição dinâmica do ônus da prova no CPC/2015”.

²⁹² CURY, Augusto Jorge. Decisão sobre ônus da prova: o momento adequado à sua inversão judicial. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 277, p. 79-110, mar. 2018. p. 87.

²⁹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp 1478062*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACOR&livre=@cdoc=%271590363%27>. Acesso em: 31 mar. 2019: “A inversão do ônus da prova não ocorre em todas as situações em que a relação jurídica é regulada pelo Código de Defesa do Consumidor. De fato, nos termos do art. 6º, VIII, do referido instrumento normativo, a facilitação da defesa somente ocorre nos casos em que as alegações sejam verossímeis, ou a parte seja hipossuficiente.”

²⁹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp 1533169 SC 2012/0096012-8*, Relator: Min. Lázaro Guimarães [Desembargador convocado do TRF 5ª Região]. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/547023458/recurso-especial-resp-1533169-sc-2012-0096012-8?ref=serp>. Acesso em: 15 jul. 2019.; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em

Importante discussão e divergência doutrinária existem quanto ao momento em que deve se dar a inversão do ônus da prova. Os entendimentos se dividem de acordo com o fundamento de que o ônus da prova é objetivo, regra de julgamento, ou subjetivo, regra de procedimento, conceitos já analisados neste trabalho.

Utilizando-se das normas de distribuição do ônus da prova como regra de julgamento, o enfoque dado é ao magistrado no momento da decisão, pois no caso de ausência de provas, este não pode deixar de analisar o caso pela proibição do *non liquet*. São regras de juízo, importantes no momento da prolação da sentença, que permitem ao magistrado tomar uma decisão mesmo que haja insuficiência de provas nos autos.²⁹⁵

Baseando-se na distribuição do ônus como regra de procedimento, procura-se a maior participação possível do cidadão no provimento jurisdicional, estimulando a cooperação entre as partes, passando a ser imprescindível que o juiz as comunique acerca de quem irá cumprir determinado ônus probatório, evitando-se decisão surpresa e focando-se no aspecto subjetivo do ônus da prova.²⁹⁶

Os que defendem haver momento exato para a inversão do ônus se dividem em três grupos: no despacho inicial, ao receber a ação, antes da parte contrária oferecer resposta, entendimento do qual discorda frontalmente a maior parte da doutrina, porquanto o contraditório ainda nem estaria estabelecido no processo; na sentença, tendo em conta uma visão objetiva do ônus de prova como regra de julgamento; no início da instrução processual, especialmente no despacho saneador, fundado na perspectiva subjetiva do ônus de prova como regra de procedimento.²⁹⁷

A doutrina que estabelece a inversão para o momento da sentença entende que é necessária a cognição judicial completa para se observar se há ausência ou insuficiência de provas e se os requisitos legais, notadamente a hipossuficiência,

Recurso Especial. *AREsp 1105768 DF 2017/0118300-5*. Relator: Min. Raul Araújo. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/633531374/agravo-em-recurso-especial-aresp-1105768-df-2017-0118300-5/decisao-monocratica-633531390?ref=serp>. Acesso em: 15 jul. 2019.; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 1235467/ RS 2011/0026998-1. (2. Turma.). Processual civil e ambiental. Ação civil pública. Responsabilidade civil ambiental[...]. Relator: Min. Herman Benjamin. Brasília, 20 ago. 2013. Disponível em: <https://www.portaljustica.com.br/acordao/1976063>. Acesso em: 15 jul. 2019.

²⁹⁵ PEDRON, Flávio Quinaud; FERREIRA, Isadora Costa. O ônus da prova dinâmico no código de processo civil de 2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 285, p. 121-156, nov. 2018. p. 128.

²⁹⁶ PEDRON, Flávio Quinaud; FERREIRA, Isadora Costa. O ônus da prova dinâmico no código de processo civil de 2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 285, p. 121-156, nov. 2018.

²⁹⁷ MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 22, p.135-149, abr./ jun. 1997. p.142.

fizeram-se presentes a dar ensejo à inversão, o que só aconteceria ao final da instrução probatória, especificamente no momento do julgamento. Isso alcançaria mais facilmente a pacificação social pretendida pelo processo. Por outro lado, a parte, desde o início do caso, sabia que era possível a inversão, então se não produziu suficientemente as provas ao seu alcance, arcará com prejuízo de uma decisão judicial em seu desfavor. Por fim, argumenta-se que isso não impede de o juiz alertar as partes, no momento da instrução processual, que poderá ao final inverter o ônus da prova, evitando o efeito surpresa.²⁹⁸

Parte da doutrina defende que o momento correto de inversão é o do despacho saneador, quando o contraditório já estará estabelecido e as partes terão a possibilidade de desenvolver a produção probatória de forma mais clara. Dessa forma, respeitam-se os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, evitando-se o fato surpresa que comprometeria o processo como um todo, entendimento que se apresenta como mais adequado para a questão, especialmente após a previsão contida no artigo 357, III, do Código de Processo Civil, a qual estabelece que o juiz, em decisão de saneamento e organização do processo, deverá definir a distribuição do ônus da prova.²⁹⁹

Doutrina há que flexibiliza o momento da inversão, baseado no artigo 6º, VIII, do CDC, argumentando que a legislação previu, de maneira proposital, apenas os requisitos ensejadores da inversão, e não do seu momento. Optou por permitir que o julgador possa exercer seu poder-dever no momento em que entender mais oportuno, já que não há como estabelecer previamente quando serão verificadas a

²⁹⁸ GARCIA, André Almeida. A distribuição do ônus da prova e sua inversão judicial no sistema processual vigente e no projetado. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 208, p. 91-124, jun. 2012. p. 104-105.: “Assim, muito embora as regras de distribuição de ônus da prova exerçam influência na conduta que será adotada pelas partes, no sentido de ser estimulada a produção probatória que atenda aos seus interesses, afastando o risco de derrota em razão de futuramente ser constatada a insuficiência de provas, isso não é suficiente para considerar essas regras como reguladoras do procedimento. Estão sim adstritas ao momento do julgamento e até mesmo a inversão não comunicada previamente pode ser admitida, inclusive com apoio no ônus de colaboração”.

²⁹⁹ SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova: como garantia constitucional do devido processo legal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 85: “Na verdade, o despacho que determina a inversão apenas declara existir alguma das hipóteses autorizadoras do art. 6º, inc. VIII, do CDC. Esse fato não aponta que a decisão de mérito será favorável ao consumidor. Aliás, há vários julgados em que houve a mencionada inversão e o consumidor sucumbiu. Destarte, o momento oportuno para a incidência do artigo supra é, sem sombra de dúvida, o despacho saneador, preservando-se, desse modo, a garantia constitucional da ampla defesa.

hipossuficiência ou a verossimilhança, com base nas regras de experiência, no caso concreto.³⁰⁰

O Superior Tribunal de Justiça seguia, inicialmente, o entendimento de que caberia ao juiz tratar de inversão do ônus da prova apenas no momento da sentença, ao averiguar se as provas produzidas não foram suficientes para o julgamento da causa. Nos últimos anos, por outro lado, vem crescendo a tese de que a inversão deve ser anunciada em momento adiantado, antes do proferimento da sentença, por se tratar de regra de comportamento das partes, mais especificamente no despacho saneador. Todavia, caso o juiz decida acerca da inversão no momento da sentença, não seria causa de nulidade do julgamento, tratando-se da chamada tese da irrelevância.³⁰¹

O profissional liberal, como é sabido, responde mediante a verificação de culpa pelo serviço defeituoso prestado ao consumidor, nos termos do artigo 14, §4º, do CDC. Por se tratar de regra específica que traz uma exceção à regra geral de responsabilização prevista no Código de Defesa do Consumidor, muito se discute acerca da forma de aplicação do artigo 6, VIII, do CDC, ou seja, da inversão do ônus da prova às relações firmadas pelo profissional liberal.

Diversas são as correntes doutrinárias, que misturam pedaços de uma teoria com outra. Destaca-se um primeiro entendimento de que a responsabilidade do profissional liberal é subjetiva, e que se inverte o ônus da prova nos exatos termos

³⁰⁰ RUTHES, Astrid Maranhão de Carvalho. *Ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010. p. 212: “O legislador, propositalmente, evitou o sistema fechado no enquadramento do real momento em que o magistrado deveria, numa relação processual de consumo, proceder à alteração da distribuição, visto que as bases são os critérios lógicos, econômicos, técnicos, científicos, morais, entre outros, no delineamento das regras de experiência comum, ou melhor definindo, de senso comum.; A interpretação de restrição da correta fase processual não resguarda a correspondência ao princípio da solidariedade (paradigma do século XXI), muito menos ao da isonomia e do devido processo legal.”

³⁰¹ BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro. O ônus da prova no direito processual civil e a sua inversão: a visão do STJ. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 233, p. 329-363, jul. 2014. p. 339.: “Compilando algumas decisões do STJ sobre o tema da inversão do ônus da prova, percebe-se que o entendimento clássico sempre foi no sentido de que caberia ao juiz apenas falar em ônus da prova por ocasião da apreciação final do pedido (sentença), e o que é mais importante, nas hipóteses em que as provas coligidas pelas partes não foram suficientes para a formação do convencimento judicial. [...] Seguramente a posição atual do STJ é de que o ônus da prova consubstancia-se em “regra de instrução probatória”, razão pela qual compete ao julgador, no momento do despacho saneador, e por ocasião da fixação dos pontos controvertidos, determinar, presentes os requisitos legais, a inversão do ônus da prova, sob pena de ferimento ao princípio do devido processo legal.[...] Importante deixar vincado que mesmo diante dessa modificação na jurisprudência do STJ, a inversão do ônus da prova feita pelo juiz na sentença não será causa de nulidade do julgado quando couber ao réu, desde o início, o ônus de provar fato necessário à exclusão de sua responsabilidade.⁸⁹ Trata-se da chamada tese da irrelevância.”

do artigo 6º, VIII, do CDC³⁰². Outros defendem que não se aplicaria a inversão ao profissional liberal, pois sua responsabilidade seria subjetiva e isso a desconfiguraria, já que seria aplicável apenas aos casos de responsabilidade objetiva³⁰³. Uma terceira corrente argumenta que o ônus sempre seria do profissional liberal, numa espécie de presunção relativa, o qual teria sempre de provar que não teria culpa pelos defeitos suscitados por parte do consumidor.³⁰⁴

A corrente predominante, inclusive reconhecida e aplicada pelo Superior Tribunal de Justiça, dividiu as obrigações do profissional liberal por sua natureza, entre as de meio e as de resultado. Inicialmente se entendia que, nas obrigações de resultado, a responsabilidade do profissional liberal era objetiva, enquanto nas de meio seria subjetiva.³⁰⁵ Depois se evoluiu para concluir que todas as duas são subjetivas, invertendo-se o ônus da prova apenas nas de resultado³⁰⁶.

³⁰² NOGUEIRA, Lavyne Lima. Responsabilidade civil do profissional liberal perante o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 40, p. 199-226, out./dez. 2001. p. 205.: “Dessa maneira, o juiz poderá determinar a inversão do onus probandi sempre que se convencer da verossimilhança das alegações do consumidor. Trata-se de um princípio genérico, assim como os demais, presentes no art. 6.º do Código do Consumidor, devendo, portanto, atuar em todos os casos de ressarcimento de danos. Dessa forma, sua aplicação independe dos tipos de responsabilidade impostos por lei. Como concluiu Viviane Coêlho de Séllos, em artigo publicado na Revista de Direito do Consumidor, sempre será possível haver a inversão do ônus da prova, como disposto no art. 6.º, VIII, do CDC (LGL\1990\40).”

³⁰³ KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 151: “O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 12, §4º, exclui os profissionais liberais do âmbito da responsabilidade objetiva, sistema adotado pela lei protetiva. Admitida a inversão do encargo probatório, no caso do profissional liberal – e, mais especificamente, do médico -, estar-se-ão aplicando a uma situação regida pela necessidade de aferição da culpa os primados da responsabilidade objetiva, em que o prestador do serviço somente se exime de responsabilidade se provar caso fortuito, culpa exclusiva da vítima ou causa outra, para a qual não tenha ele contribuído de nenhum modo, que suprima definitivamente o nexo causal”.

³⁰⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Responsabilidade civil dos profissionais liberais e o ônus da prova. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 26. p. 159-165, jun. 1998. p. 164: “2. A verificação da culpa do profissional liberal não significa ônus de prova para o consumidor, o que inviabilizaria a tutela legal. A regra do art. 4.º do art. 14 é compatível com o direito básico disposto no art. 6.º, VIII, ambos do Código do Consumidor, no sentido de assegurar ao profissional o direito de provar que não teve culpa pelo defeito e danos alegados, configurando única inteligência possível com o princípio constitucional de proteção (art. 170, VI, da CF/1988 (LGL\1988\3))”.

³⁰⁵ SÉLLOS-KNOERR, Viviane Coêlho de. Responsabilidade do profissional liberal pelo fato do serviço no Código de Proteção e Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 10, p. 144-161, abr. 1994. p. 154: “Já na obrigação de resultado, segundo Teresa Ancona Lopes de Magalhães, o devedor se obriga a alcançar determinado fim sem o qual não terá cumprido sua obrigação. Concernente às obrigações de resultado o objeto de contratação foi um resultado final predeterminado e objetivado, é a essência do ajuste.; Como exemplo, podemos citar as cirurgias plásticas, onde o cirurgião se compromete a atingir um determinado objetivo com a cirurgia, assim como os serviços de transporte, concerto ou reparação de veículo.; Neste caso, ou o profissional consegue o resultado objetivado, ou deve arcar com as consequências disso, pois o resultado de sua atividade é o que equivale à sua obrigação. E, mesmo que escolhido

O Superior Tribunal de Justiça, no início da década de 1990, começou a analisar a responsabilidade civil do profissional liberal com fundamento na natureza da obrigação, sendo de meio ou de resultado, por intermédio de casos que tratavam de cirurgia plástica estética, considerando-a como obrigação de resultado.³⁰⁷ No Recurso Especial n. 10.536, ao avaliar caso de cirurgia estética para redução de mamas e de abdômen, no qual surgiram lesões na mama provenientes da intervenção cirúrgica, o Relator decidiu que o dever de indenizar era proveniente do descumprimento de contrato, no campo da responsabilidade contratual, tratando-se de obrigação de resultado, a qual não tem como pressuposto a análise da culpa (imperícia, negligência ou imprudência), sendo elidida apenas pela comprovação de caso fortuito ou força maior.³⁰⁸

Quando julgou o Recurso Especial n. 81.101 em 1999, o Superior Tribunal de Justiça deparou-se com novo caso de responsabilidade civil do médico cirurgião plástico. O relator, Ministro Waldemar Zveitter, seguiu a linha da decisão já proferida pelo Tribunal, acrescentando que se tratava de responsabilidade contratual e, por isso, objetiva, cabendo seu afastamento apenas nos casos de culpa do paciente ou intervenção de fato imprevisível, cujo ônus recairia sobre o profissional liberal.³⁰⁹

O Ministro Menezes de Direito, no mesmo julgamento e vencido em seu voto, entendeu de maneira divergente ao assinalar que o fundamento da

intuitu personae, sua responsabilidade é objetiva, onde não se aplicará a exceção do art. 14, § 4.º.”

³⁰⁶ PRUX, Oscar Ivan. Um novo enfoque quanto à responsabilidade civil do profissional liberal. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 19, p. 202-231, jul. 1996. p. 204: “2. A fórmula para resolver a questão está na realização de um exame prévio com o objetivo de apurar se a obrigação que o profissional assumiu ao contratar é de meio ou de resultado. - Em sendo de meio, a responsabilização deverá fazer-se respeitando os critérios estabelecidos pela teoria subjetiva, ou seja, com a demonstração antecipada da culpa do profissional. Essa modalidade, que basicamente é pertinente apenas para os casos de acidentes de consumo e de vício do serviço, adota fórmula igual à do § 4.º do art. 14 (note-se que ela não tem pertinência para casos alheios a esses, como os de práticas e/ou condutas abusivas).; - Em sendo de resultado, a inversão do ônus da prova deverá ser obrigatória, devendo o profissional liberal responder, com presunção de culpa, fórmula cujos efeitos práticos são idênticos à responsabilidade objetiva que é aplicada pelo CDC aos demais fornecedores.”

³⁰⁷ SANTOS, Marcelo H. G. Rivera M. Releitura da responsabilidade civil em cirurgia estética à luz do novo CPC: obrigação de meio e não de resultado. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 982, p. 53-86, ago. 2017. p. 56.

³⁰⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp* 10.536. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199100081779&dt_publicacao=19-08-1991&cod_tipo_documento=&formato=undefined. Acesso em: 3 abr. 2019.

³⁰⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3. Turma). Recurso Especial. *REsp* 81.101/PR. Relator Min. Waldemar Zveiter. Brasília, 13 abr. 1999. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199500631709&dt_publicacao=31-05-1999&cod_tipo_documento=&formato=PDF. Acesso em: 2 abr. 2019.

responsabilidade civil do médico deveria decorrer da existência de um erro médico, e não da obrigação de se alcançar um resultado. Sendo assim, classificar a cirurgia plástica como obrigação de resultado poderia levar a absurdos jurídicos, já que o resultado dependeria de uma infinidade de causas não vinculadas exclusivamente à atuação do médico.³¹⁰

O Superior Tribunal de Justiça manteve o entendimento de que a responsabilidade civil do profissional liberal seria decidida com fundamento na natureza da obrigação, inovando apenas para decidir que as obrigações de resultado não tornariam objetiva a responsabilidade do profissional liberal, mas apenas acarretariam a inversão do ônus da prova, ou seja, mantendo a necessidade de se demonstrar a culpa do profissional, todavia o ônus da prova recairia sobre o profissional liberal, e não sobre o consumidor.³¹¹

A Ministra Nancy Andrigli, em processo de sua relatoria, esclareceu que a relação comum entre o médico e seu paciente é de meio, limitando-se a um dever de desempenho, ao compromisso de agir com desvelo e empregar a melhor técnica para alcançar determinado fim. Todavia, há casos em que a obrigação é de resultado, como na cirurgia plástica, em que o contratado se compromete a alcançar

³¹⁰ SANTOS, Marcelo H. G. Rivera M. Releitura da responsabilidade civil em cirurgia estética à luz do novo CPC: obrigação de meio e não de resultado. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 982, p. 53-86, ago. 2017. p. 56.: “O Ministro Relator Waldemar Zveitter fundamentou seu voto que responsabilidade do médico decorreria do contrato firmado com o paciente, em que se teria avençada a perspectiva de uma plástica, com determinada imagem ou configuração. A embasar tal fundamento, citou-se outro precedente²⁰, tendo sido consignado ao final que ‘o profissional que se propõe a realizar cirurgia, visando a melhorar a aparência física do paciente, assume compromisso de que, no mínimo, não lhe resultarão danos estéticos²¹, cabendo ao cirurgião a avaliação do risco. Responderá por tais danos, salvo culpa do paciente ou intervenção de fato imprevisível, o que lhe cabe provar.’ E, com esses fundamentos, se deu provimento ao recurso especial, por maioria, determinando então a inversão do ônus da prova em desfavor do profissional médico.”

³¹¹ SANTOS, Marcelo H. G. Rivera M. Releitura da responsabilidade civil em cirurgia estética à luz do novo CPC: obrigação de meio e não de resultado. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 982, p. 53-86, ago. 2017. p. 56.: “[...] No ano de 2009, a Corte Superior analisou o recurso especial 236.708/MG, cujo relator foi o Ministro Carlos Fernando Mathias – Juiz Federal Convocado a compor a Corte Superior. *In casu*, determinou-se que, sendo obrigação de resultado, se presumiria a culpa do agente (médico cirurgião), o que, nas palavras do Ministro, diverge da responsabilidade objetiva. A consequência do estabelecimento de que a obrigação é de resultado, portanto, seria apenas na inversão do ônus da prova. [...] Em 2010²³, a Ministra Nancy Andrigli continuou a entoar que a obrigação da cirurgia plástica estética seria de resultado, mas passou a fazer ressalva de que o “simples fato de a obrigação ser de resultado não torna objetiva a responsabilidade (...)”. Neste sentido, continuar-se-ia necessária a comprovação da culpa do médico, conforme o artigo 1424 do Código de Defesa do Consumidor. Concluiu a Ministra que a responsabilidade civil do profissional continua a ser subjetiva, transferindo apenas ao profissional o ônus de demonstrar que os eventos danosos decorreram de fatores externos e alheios à sua atuação durante a cirurgia”.

um resultado específico, havendo, por causa disso, presunção de culpa e, consequentemente, a inversão do ônus da prova.³¹²

Analisando-se os julgamentos do Superior Tribunal de Justiça acerca da matéria, percebe-se que o Tribunal passou a utilizar a divisão das obrigações entre de meio e de resultado como forma de tentar amenizar a imposição da teoria subjetiva da responsabilidade civil. No entanto, ao invés de resolver a questão do dano, acabou tornando-a mais complicada.³¹³

A obrigação tem sempre por objeto um certo resultado, o que não esclarece a distinção entre obrigações de meio e de resultado. Nas obrigações de fazer ou de dar, o devedor se compromete a entregar determinada coisa ou a realizar determinado serviço, sem o que inexistiria objeto de obrigação, muito menos contrato entre as partes, por ausência de pressuposto válido do negócio.

Alguns afirmam que tal classificação é um artifício, um verdadeiro abuso de palavras, proposta para disfarçar os defeitos que a responsabilidade subjetiva apresenta no mundo jurídico. As obrigações seriam todas de resultado, variando apenas na sua intensidade ou determinação no contexto contratual. A divisão aqui estudada seria apenas uma retórica com valor sugestivo, pois o devedor, em ambos os casos, deverá executar o prometido, havendo sempre obrigação preexistente.³¹⁴

Afirma-se, ainda, que é irrelevante a classificação da obrigação do profissional liberal entre de meio e de resultado por não haver qualquer fundamento legal para tal distinção. Isso só prejudicou o consumidor e aumentou seu ônus com o

³¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3. Turma). Recurso Especial. *REsp 1.395.254/SC*. Relatora Min. Nancy Andrighi. Brasília, 15 out. 2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=obriga%E7%E3o+de+resultado+e+invers%E3o+do+%F4nus+da+prova&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>. Acesso em: 2 abr. 2019.

³¹³ NOGUEIRA, Lavyne Lima. Responsabilidade civil do profissional liberal perante o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 40, p. 199-226, out./dez. 2001. p. 209.

³¹⁴ NOGUEIRA, Lavyne Lima. Responsabilidade civil do profissional liberal perante o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 40, p. 199-226, out./dez. 2001. p. 209.: “A prática tem demonstrado a grande dificuldade de enquadrar o caso concreto em um desses tipos obrigacionais, por não se encontrarem estabelecidos no ordenamento jurídico os casos em que se aplica uma ou outra obrigação, ficando essa decisão a critério do Julgador. Com isso, as divergências doutrinárias e jurisprudenciais são latentes. Como exemplo, podemos citar o caso da cirurgia estética, que, para boa parte da doutrina, constitui obrigação de resultado, mas para outra, constitui obrigação de meio”.

encargo de provar que a obrigação do profissional liberal seria de resultado, já que, apenas nesse último caso, haveria a possibilidade de inversão do ônus da prova.³¹⁵

É inconsistente a divisão da responsabilidade civil dos profissionais liberais com fundamento na natureza da obrigação. A doutrina e a jurisprudência geram mais dúvida e insegurança do que respostas ao consumidor lesado.³¹⁶ Não há qualquer previsão legal para a qualificação do dano causado pelos profissionais liberais com tal fundamento, o que acarreta a inviabilidade de sua aplicação prática.

O profissional liberal, como todos os fornecedores regulados pelo Código de Defesa do Consumidor, deve sofrer com a inversão do ônus da prova nos casos previstos pelo artigo 6º, VIII, do referido diploma legal, ou seja, havendo a verossimilhança das alegações do consumidor ou em se comprovando sua hipossuficiência. A inversão é direito subjetivo do consumidor, comprovando-se um dos dois requisitos da lei, mas não em razão da obrigação contratada ser de meio ou de resultado.³¹⁷

O Superior Tribunal de Justiça já reconheceu a aplicabilidade do artigo 6º, VIII, ao profissional liberal, não se considerando a natureza da obrigação em litígio, mas apenas reconhecendo que, nos casos de verossimilhança ou hipossuficiência,

³¹⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Responsabilidade civil dos profissionais liberais e o ônus da prova. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 26. p. 159-165, jun. 1998.

³¹⁶ SANTOS, Marcelo H. G. Rivera M. Releitura da responsabilidade civil em cirurgia estética à luz do novo CPC: obrigação de meio e não de resultado. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 982, p. 53-86, ago. 2017. p. 56.: “Os precedentes exemplificativos relatados no Tribunal do Estado de São Paulo refletem o entendimento geral dos Tribunais de Justiça dos Estados no sentido de que a cirurgia plástica possui obrigação de resultado³³. O que não se tem como uniforme, porém, é o entendimento das consequências decorrentes da definição de uma obrigação de resultado. Uma cirurgia meramente embelezadora/ estética é capaz de promover algum tipo de cura? Deve haver – ou não – averiguação de culpa (em sentido estrito) do profissional? A obrigação de resultado implica em necessária presunção de culpa do profissional? Qual é a consequência da presunção de culpa? Deve-se inverter o ônus da prova? A ilação da culpa do profissional deve se dar apenas mediante avaliação de ocorrência de força maior ou caso fortuito? A obrigação de resultado implica em uma responsabilidade objetiva? Como se avaliaria o resultado de uma cirurgia estética? [...]”

³¹⁷ BESSA, Leonardo Roscoe; LEITE, Ricardo Rocha. A inversão do ônus da prova e a teoria da distribuição dinâmica: semelhanças e incompatibilidades. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, n. 3, v. 6, p. 132-146, dez. 2016. p. 138: “O art. 6º, VIII, assegura a facilitação da defesa do consumidor, em termos processuais, pela possibilidade de inversão do ônus da prova no processo civil. Essa proteção encontra seu fundamento no reconhecimento da dificuldade prática de os consumidores demonstrarem os elementos fáticos que integram a causa de pedir e sustentam a sua pretensão. A finalidade da inversão do ônus da prova ultrapassa a necessidade de promover a igualdade substancial. Possui caráter didático: pauta a atuação futura do fornecedor que deve agir no mercado com lealdade e respeito.; A inversão do ônus da prova, como conceitua Érico de Pina Cabral, é ‘um direito subjetivo do consumidor no processo civil, quando ‘a critério do juiz, for verossímil a alegação e hipossuficiente o consumidor, segundo as regras ordinárias da experiência’.”

deve-se inverter o ônus da prova em benefício do consumidor, hermenêutica que se mostra mais correta para o caso em discussão.³¹⁸

Todavia, percebe-se que a aplicação do artigo 6º, VIII, do CDC se encontra limitada em certas situações, tornando-se necessária a implementação de uma nova solução para a responsabilização dos profissionais liberais, em respeito à proteção da vítima e aos princípios de proteção ao consumidor, previstos na Constituição Federal e no Código de Defesa do Consumidor.

³¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (4. Turma). Recurso Especial. *RESp 768239-MT*. Relator: Min. Raul Araújo. Brasília, 24 fev. 2016. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/329274269/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-768239-mt-2015-0205492-5?ref=serp>. Acesso em: 5 abr. 2019.

CAPÍTULO 3 – A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA COMO INSTRUMENTO DE EQUILÍBRIO DA RELAÇÃO ENTRE O PROFISSIONAL LIBERAL E O CONSUMIDOR

A opção do legislador em regular que o profissional liberal responda subjetivamente pelo fato do serviço nas relações de consumo criou um forte filtro de reparação baseado na culpa, o que dificulta o exercício da função ressarcitória e compensatória da responsabilidade civil e é caso de exceção legal previsto no artigo 14, §4º, do CDC.

A distribuição do ônus da prova nos processos que cuidam dos casos de incidência do referido artigo do Código de Defesa do Consumidor, especialmente os que invertem o ônus da prova baseados na natureza da obrigação, de meio ou de resultado, mostram-se insuficientes no combate à desigualdade das partes, pois resguardam apenas a igualdade formal, sem alcançar a almejada igualdade substancial ou material.

Foi introduzido no sistema jurídico brasileiro, por meio da Lei n. 13.105/2015, o Código de Processo Civil, que no artigo 373, §1º, previu hipótese em que o juiz poderá atribuir o ônus da prova de modo diverso da regra geral, positivando a chamada distribuição dinâmica do ônus da prova, cujas implicações na relação consumerista do profissional liberal serão analisadas detalhadamente no presente capítulo, especificamente a possibilidade de melhor proteção da vítima por meio desse mecanismo de distribuição.

3.1 O alcance da igualdade substancial das partes na aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova: diferenças e semelhanças entre a inversão do ônus da prova e a distribuição dinâmica do ônus da prova

A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova é também conhecida como carga dinâmica da prova, carga da prova compartilhada, cargas probatórias dinâmicas, doutrina da prova compartilhada e prova compartilhada.³¹⁹ Jeremias Bentham, no século XIX, defendeu que, em um regime jurídico franco e simples, a

³¹⁹ WHITE, Inés Lépori. Cargas probatorias dinâmicas. In: PEYRANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori (coord.). *Cargas probatórias dinâmicas*. Santa Fé: Flubinzal-Culzoni, 2008. p. 69.

obrigação da prova deve ser imputada, no caso concreto, à parte que puder satisfazê-la com menos inconvenientes. Trata-se da gênese do que viria a ser a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, em um contexto histórico, social e jurídico do direito anglo-saxão, diverso do brasileiro.³²⁰

Jorge W. Peyrano, jurista argentino, já no século XX, foi o grande idealizador da hoje conhecida teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, no formato moderno. Inspirado na teoria da situação jurídica do processo, desenvolvida por James Goldschmidt³²¹, Peyrano se afastou das regras tradicionais de distribuição do ônus da prova para ser o principal pensador de um modelo inovador que busca, além de tudo, a aplicação da justiça ao caso concreto.

A regra tradicional de distribuição do ônus da prova, tanto na Argentina quanto no Brasil, baseia-se no sistema enunciado por Chiovenda, que dividiu os fatos a serem provados juridicamente em constitutivos, extintivos, modificativos e impeditivos. Os autores invocam os fatos constitutivos, que por eles devem ser provados, enquanto os réus alegam e têm seu encargo com os extintivos, modificativos e impeditivos.³²² A distribuição estática do ônus da prova se preocupa com a natureza dos fatos alegados e a posição processual das partes, dando enfoque à segurança jurídica das decisões, mas desconsiderando princípios imprescindíveis como o da justiça e o da igualdade das partes.

A responsabilidade civil dos profissionais liberais, nas relações de consumo, é um campo fértil para a implementação e para as discussões acerca da aplicação

³²⁰ COUTO, Camilo José D'Ávila. *Ônus da prova no novo código de processo civil: dinamização: teoria e prática*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 98: "Para o referido autor, o princípio segundo o qual quem propõe a demanda deve provas a verdade é um princípio tão falso quanto absoluto. Na essência, ao tentar estabelecer um critério para a distribuição do ônus da prova, Bentham trouxe para o direito sua filosofia utilitarista".

³²¹ BAZZANEZE, Thaís. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios: análise à luz do devido processo legal e do acesso à justiça. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 205, p. 55-87, mar. 2012. p. 60.: "Com fundamento na teoria introduzida por James Goldschmidt, o processo não está vinculado a uma relação jurídica entre as partes (consideração estática do direito), mas sim à conduta judicial e à tutela jurisdicional pretendida, ou melhor, o caso concreto em análise pelo Poder Judiciário (consideração dinâmica do processo)".

³²² WHITE, Inés Lépori. Cargas probatorias dinâmicas. In: PEYRANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori (coord.). *Cargas probatorias dinâmicas*. Santa Fé: Flubinzal-Culzoni, 2008. p. 59.: "A teoria de Chiovenda. A contribuição fundamental dessa teoria é que ela sistematiza uma concepção com diferentes categorias, a saber: fatos constitutivos, que são aqueles que dão vida a uma mudança específica da norma e geram expectativas por parte de alguém, normalmente invocado pelo autor; fatos extintivos, que são aqueles que fazem cessar a vontade concreta da lei, e fatos impeditivos, que são aqueles que impedem o nascimento de um direito. A atribuição da carga probatória já não depende de que seja autor ou réu, mas sim de que espécies de fatos se alegue. Teve uma importante recepção na doutrina e jurisprudência nacionais".

da distribuição dinâmica do ônus da prova. Jorge W. Peyrano reconhece que a teoria aqui estudada nasceu como um paliativo para proteger as vítimas de erros médicos em intervenções cirúrgicas, quando a produção de prova por parte do paciente se tornava improba, essencialmente diabólica. Impor ao paciente a tarefa de demonstrar o fato constitutivo do seu direito, decorrente de erro médico, conforme prevê a distribuição estática do ônus da prova, inviabilizava toda sua chance de êxito processual, notadamente em razão de os médicos e enfermeiros que participaram da cirurgia deterem melhores condições de produção das provas em discussão.³²³

O que a teoria das cargas probatórias dinâmicas apresenta é um meio de flexibilização do ônus da prova, é a relativização do esquema estático de distribuição do ônus, tornando-o dinâmico. Isso quer dizer que, configurando-se a hipótese de incidência, poderá ocorrer a transferência do ônus da prova para a parte que originalmente não seria onerada, ou seja, redistribui-se o ônus da prova de quem sofreria o encargo inicialmente para a parte contrária.³²⁴

Distribuir significa repartir e o que se discute no presente trabalho é a repartição do ônus da produção da prova e as respectivas consequências da inatividade ou deficiência dessa produção. No caso da distribuição dinâmica, o legislador deverá estabelecer regras permissivas da dinamicidade e suas limitações. Importante esclarecer que a distribuição dinâmica do ônus da prova, apesar de flexibilizar o esquema tradicional, não é um instituto que sobrevive sem regras e limitações.³²⁵

O cerne da teoria das cargas probatórias dinâmicas é realizar a distribuição do ônus probatório segundo as circunstâncias do caso concreto para aquele que

³²³ PEYRANO, Jorge W. La doctrina de las cargas probatorias dinámicas y la máquina de impedir em material jurídica. In: PEYRANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori (coord.). *Cargas probatórias dinâmicas*. Santa Fé: Flubinzal-Culzoni, 2008. p. 80: “Não pode surpreender a difusão singular alcançada pela doutrina acima mencionada na área da responsabilidade civil por negligência médica, já mencionada, quando é lembrado que, fundamentalmente, nasceu como paliativo para aliviar a imensa tarefa de produzir provas diabólicas [...]. No entanto, a força das coisas demonstrou, por exemplo, que impor a prova ao ator vítima de uma lesão cirúrgica dentro de uma sala de cirurgia a prova o que havia ocorrido e como havia ocorrido era equivalente a negar-lhe toda chance de êxito. Ainda mais quando se encontram, por exemplo, os médicos e enfermeiros participantes do referido ato cirúrgico em melhores condições para oferecer e produzir as provas do que a própria vítima”.

³²⁴ CARPES, Artur Thompsen. *Ônus da prova no novo CPC: do estático ao dinâmico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 106-107.

³²⁵ COUTO, Camilo José D'Ávila. *Ônus da prova no novo código de processo civil: dinamização: teoria e prática*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 112-113.

tiver melhores condições técnicas, profissionais ou fáticas de fazê-lo, desconsiderando-se a posição processual das partes, se autor ou réu, como também a natureza dos fatos, se constitutivo, modificativo, impeditivo ou extintivo.³²⁶

O artigo 373, §1º, do CPC, prevê exatamente hipótese de aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova no direito brasileiro. Dispõe o citado artigo que, nos casos previstos em lei, ou diante da peculiaridade da causa, relacionada à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo de produção probatória nos termos da distribuição estática, ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, por meio de decisão fundamentada e respeitando-se o contraditório.

Foi introduzida a teoria das cargas probatórias dinâmicas no direito brasileiro, flexibilizando-se a distribuição estática do ônus da prova, pelo Código de Processo Civil. A aplicação prática do instituto e suas limitações serão analisadas no próximo tópico do presente trabalho. Necessário se faz, antes disso, diferenciar a distribuição dinâmica do ônus da prova prevista no Código de Processo Civil de outro caso de flexibilização da distribuição do ônus da prova, previsto no Código de Defesa do Consumidor, assim como se delinear os motivos e os fundamentos de sua aplicação à relação travada entre o profissional liberal e seu consumidor.

Há, no Brasil, três previsões legais de distribuição do ônus da prova que interessam ao presente estudo. A primeira é a regra prevista no artigo 373, I e II, do CPC, que distribui o encargo da prova ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito, e ao réu, quanto aos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor. Trata-se da já mencionada distribuição estática do ônus da prova, baseada na posição processual da parte e na espécie de fato a ser provado.

A segunda regra é a disposta no artigo 6º, VIII, do CDC, que prevê a inversão do ônus da prova, em favor do consumidor, quando for demonstrada a verossimilhança de suas alegações ou a sua hipossuficiência. A terceira regra é a do artigo 373, §1º, do CPC, que, em suma, permite ao juiz a distribuição do ônus da

³²⁶ PEYRANO, Jorge W. Nuevos lineamentos de las cargas probatorias dinámicas. In: PEYRANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori (coord.). *Cargas probatórias dinâmicas*. Santa Fé: Flubinzal-Culzoni, 2008. p. 21: “A mesma importa um deslocamento do *ônus probandi*, segundo as circunstâncias do caso, para aquele sobre o qual puder recair, ou seja, para quem está em melhores condições técnicas profissionais ou fáticas para produzi-la, para além da identificação da parte como autor ou demandado, ou de se tratar de fatos constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos.

prova de forma diversa da regra prevista nos incisos I e II do artigo 373, imputando o encargo a quem estiver em melhores condições de produzi-la.

Uma primeira questão que surge ao analisar tais dispositivos consiste em saber se a regra do Código de Defesa do Consumidor pode ser entendida como hipótese de distribuição dinâmica do ônus da prova, equivalente à própria regra do §1º, do artigo 373, do CPC. Caso a resposta seja negativa, faz-se necessário entender se a hipótese do Código de Processo Civil se aplica às relações de consumo, mais especialmente às relações dos consumidores em face dos profissionais liberais.

Parte da doutrina, em sua maioria nos textos produzidos antes da entrada em vigor do atual Código de Processo Civil, defende que a inversão do ônus da prova prevista no Código de Defesa do Consumidor é hipótese de distribuição dinâmica do ônus da prova. Os defensores dessa tese entendem que, quando a lei dispõe sobre a hipossuficiência do consumidor como requisito autorizador da inversão, trata de hipossuficiência técnica, ou seja, vulnerabilidade probatória da parte, o que se equipararia ao conceito de se distribuir o ônus da prova à parte que melhores condições tiver de produzi-la.³²⁷

A defesa da inversão do ônus da prova como caso de distribuição dinâmica se baseou na análise de que existiam diversos casos de hipossuficiência probatória para além das relações de consumo. Assim, houve uma tentativa da doutrina de aplicar a regra do Código de Defesa do Consumidor como fundamento para inversão do ônus da prova em casos que não tratavam de relações de consumo, baseando-se na hipossuficiência da parte.³²⁸ Partindo-se desse pressuposto, tanto a regra do Código de Processo Civil quanto a do Código de Defesa do Consumidor seriam

³²⁷ GARCIA, André Almeida. A distribuição do ônus da prova e sua inversão judicial no sistema processual vigente e no projetado. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 208, p. 91-124, jun. 2012. p. 92.: Com isso, verifica-se que o Código de Defesa do Consumidor (LGL\1990\40) já contém uma autêntica regra de distribuição dinâmica do ônus da prova, o que inclusive legitima a conjunção alternativa “ou”, dispensando mesmo a “hipossuficiência”, ou vulnerabilidade, como requisito para inversão.

³²⁸ CURY, Augusto Jorge. Decisão sobre ônus da prova: o momento adequado à sua inversão judicial. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 277, p. 79-110, mar. 2018. p. 81.: Entretanto, não demorou que a doutrina percebesse a insuficiência dessa norma de inversão do ônus da prova presente no Código do Consumidor, justamente por cingir-se às lides consumeristas.; Ora, apesar de ser patente a hipossuficiência probatória nas relações de consumo, tal não é característica exclusiva das lides consumeristas, existindo também nas lides processuais civis de natureza distinta, a exemplo das que versam sobre direito de família, direito imobiliário, obrigações civis, direito empresarial e sucessões causa mortis, entre outras.

casos de distribuição dinâmica do ônus da prova, equivalentes, sendo que um cuidaria das relações consumeristas e o outro das demais.

Os requisitos para a aplicação da inversão do ônus da prova, prevista no Código de Defesa do Consumidor, e da dinamização do ônus da prova, prevista no Código de Processo Civil, seriam idênticos, dependentes da aferição dos mesmos critérios, baseados na observância da dificuldade de uma das partes na produção probatória, como também na melhor condição apresentada pela parte contrária.³²⁹

A hipossuficiência, caracterizada pela deficiência técnica para produção probatória de uma das partes e melhor capacidade técnica da outra, seria o ponto de contato entre os dois institutos, o primeiro previsto no artigo 6º, VIII, do CDC, e o segundo no artigo 373, §1º, do CPC, que fundamentaria o enquadramento dos dois como espécies de distribuição dinâmica do ônus da prova.³³⁰

As duas previsões legais, por serem espécies de um mesmo instituto, teriam âmbito de aplicação diverso. As relações de consumo continuariam a ser regidas apenas pelo disposto no Código de Defesa do Consumidor, enquanto as demais relações jurídicas, salvo existência de norma especializada regulando o mesmo assunto, passariam a ser regidas nos termos da regra encontrada no Código de Processo Civil, que de maneira alguma se aplicaria às relações de consumo. Pelo contrário, defende-se que a prática já consolidada de aplicação do artigo 6º, VIII, do CDC, deve ser replicada aos casos de aplicação do artigo 373, §1º, do CPC.³³¹

³²⁹ CARPES, Artur Thompsen. *Ônus da prova no novo CPC: do estático ao dinâmico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 130: “Não existe qualquer diferença entre a “inversão” do ônus da prova prevista no CDC e a “dinamização” do ônus da prova prevista no CPC. Muito embora as normas adscritas do Código de Defesa do Consumidor apliquem-se às demandas relativas às relações de consumo, a técnica é rigorosamente a mesma: depende da aferição dos mesmos critérios para ser aplicada”.

³³⁰ BESSA, Leonardo Roscoe; LEITE, Ricardo Rocha. A inversão do ônus da prova e a teoria da distribuição dinâmica: semelhanças e incompatibilidades. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, n. 3, v. 6, p. 132-146, dez. 2016. p. 143: “O ponto de contato entre os institutos é a hipossuficiência processual que, no CDC, é somente um dos critérios a ser valorado pelo juiz no caso concreto. O magistrado também pode se valer da verossimilhança, segundo as máximas de experiência. Essa hipossuficiência pode ser vislumbrada, por exemplo, no caso de uma gravação de voz de contato telefônico realizado entre consumidor e fornecedor. Como a gravação geralmente é mantida em poder deste, aquele é considerado hipossuficiente para a obtenção do documento”.

³³¹ BESSA, Leonardo Roscoe; LEITE, Ricardo Rocha. A inversão do ônus da prova e a teoria da distribuição dinâmica: semelhanças e incompatibilidades. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, n. 3, v. 6, p. 132-146, dez. 2016. p. 144: “A distribuição dinâmica do ônus da prova, nos termos previstos no novo CPC, não aplica às relações do consumo. O CDC, considerando a fragilidade processual do consumidor, prevê um critério específico na distribuição do ônus da prova. O legislador facultou ao juiz, de acordo com as regras de experiência, isentar o consumidor da prova de algum ou alguns fatos constitutivos do seu direito, desde que demonstrada a

Nesse caso, não teria havido inovação alguma com a edição da Lei n. 13.105/15 (Código de Processo Civil), pois as relações de consumo continuariam sendo regidas apenas pelas disposições do Código de Defesa do Consumidor.

Há decisões judiciais que consideram a inversão do ônus da prova e a distribuição dinâmica do ônus da prova como institutos iguais, ou complementares, mesclando os requisitos de um com os do outro. O Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe (TJSE), ao analisar agravo de instrumento que discute a possibilidade de inversão do ônus da prova, com fulcro no Código de Processo Civil, fundamenta que é cabível sua aplicação como medida para equilibrar os polos litigantes, baseado na teoria da distribuição dinâmica da prova. O Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe decidiu pela aplicação da inversão do ônus da prova com fundamento na distribuição dinâmica do ônus da prova, entendendo que são institutos equivalentes e complementares.³³²

Outra parte da doutrina, que forma uma segunda corrente de pensamento, defende que a hipótese presente na legislação consumerista e a encontrada na legislação processual não são espécies de um mesmo gênero denominado distribuição dinâmica do ônus da prova, pois apenas a hipótese do Código de

hipossuficiência e a verossimilhança do alegado.; Diante de todas as considerações, conclui-se pela inaplicabilidade da distribuição dinâmica do ônus da prova nas relações de consumo. Ao contrário, a prática e jurisprudência construída em torno do art. 6º, VIII, do CDC, deve servir de norte para enfrentar eventuais dificuldades hermenêuticas apresentadas pelo art. 373 do novo CPC, particularmente em relação ao conceito de hipossuficiência”.

³³² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. *Acórdão na Apelação n. 201600728545*. Relator: Des. Roberto Eugenio da Fonseca Porto. Brasília, 21 fev. 2017. Disponível em: http://www.tjse.jus.br/tjnet/jurisprudencia/relatorio.wsp?tmp_numprocesso=201600728545&tmp_nu macordao=20172779&tmp.expressao=AGRAVO%20DE%20INSTRUMENTO%20INVERS%C3%83O%20DO%20%C3%94NUS%20DA%20PROVA%20VULNERABILIDADE%20E%20HIPOSSUFICI%C3%84NCIA%20T%C3%89CNICA%20DISTRIBUI%C3%87%C3%83O%20DIN%C3%82MIC A%20DO%20%C3%94NUS%20DA%20PROVA%20INVERS%C3%83O. Acesso em: 30 maio 2019: “[...] Por conseguinte, entendo que a inversão do ônus deve ser mantida, ainda, como medida para equilibrar os polos litigantes, conforme a chamada teoria da distribuição dinâmica da prova.

Esta teoria já vem sendo aplicada pela jurisprudência pátria em casos em que a regra processual geral – Art. 333, I e II do CPC/1973, atual Art. 373, I e II – torna-se excessivamente onerosa a uma das partes e é possível enxergar que o outro pólo litigante produziria com maior facilidade as provas necessárias.

Ademais, o consectário lógico desta distribuição é de atribuir o ônus probatório àquele que possua maiores condições de exercê-lo. Isto, pois, em diversos casos uma das partes encontra-se em total hipossuficiência técnica e financeira para produzir a prova que lhe cabia em face da regra geral, tornando-se praticamente impossível a produção de prova naquele processo.

No caso em tela, resta incontroversa a dificuldade técnica e financeira enfrentada pelo condomínio/agravado em demonstrar as falhas técnicas ocorridas no serviço de manutenção de um elevador. De outra banda, não é o caso da agravante, que por ser uma empresa especializada no ramo, possui todos os meios técnicos para produzir as provas necessárias ao deslinde do feito.”

Processo Civil poderia ser configurada como tal. Ambas seriam espécies do gênero flexibilização do ônus da prova, sendo o artigo 373, §1º, do CPC caso de distribuição dinâmica do ônus da prova, enquanto o artigo 6º, VIII, do CDC, seria hipótese específica de distribuição excepcional do ônus da prova. Poder-se-ia dizer que a regra consumerista se inspirou nas cargas probatórias dinâmicas, mas com ela não se confunde em razão de suas peculiares hipóteses de incidência.³³³

Justifica-se a aplicação da inversão e da distribuição dinâmica do ônus da prova por finalidades muito próximas. Intenta-se evitar que as dificuldades econômicas ou conjunturais de uma das partes em produzir determinada prova gere a injustiça de uma decisão desfavorável baseada nesse fundamento. O valor que se propõe a atingir é o da justiça na decisão judicial aplicada ao caso concreto.³³⁴ Por essa razão, há um correto entendimento de que se tratam de casos de flexibilização do ônus da prova, mas a segunda corrente de pensamento os diferencia em alguns aspectos.

Uma primeira diferença entre os institutos são os critérios legais para sua aplicação. A inversão do ônus da prova possui critérios preestabelecidos, consubstanciados na necessidade de demonstração da verossimilhança da alegação ou da hipossuficiência do consumidor. A distribuição dinâmica do ônus da prova exige a impossibilidade ou a excessiva dificuldade na produção da prova, ou a maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário. Ao invés de inverter a regra geral do modelo estático, como ocorre na inversão do ônus da prova, na distribuição dinâmica o magistrado observará, no caso concreto, quem tem melhores condições de produção probatória, para quem distribuirá o encargo.³³⁵ Não há verdadeira

³³³ PEDRON, Flávio Quinaud; FERREIRA, Isadora Costa. O ônus da prova dinâmico no código de processo civil de 2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 285, p. 121-156, nov. 2018.

³³⁴ MACHADO, Marcelo Pacheco. Ônus estático, ônus dinâmico e inversão do ônus da prova: análise crítica do projeto de novo código de processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 208, jun. 2012. p. 301.

³³⁵ CAMBI, Eduardo. Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova): exegese do art. 373, §§ 1º e 2º do NCPC. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 246, p. 85-111, ago. 2015. p. 88.: “Com efeito, na distribuição dinâmica do ônus da prova, não há uma verdadeira inversão, porque só se poderia falar em inversão caso o ônus fosse estabelecido prévia e abstratamente. Não é o que acontece com a técnica da distribuição dinâmica que se dá no caso concreto. O magistrado continua sendo o gestor da prova, agora com poderes ainda maiores, porquanto, ao invés de partir do modelo clássico (CPC/1973, art. 333), para depois inverter o onus probandi (CDC, art. 6º, VIII), cabe verificar, no caso concreto, quem está em melhores condições de produzir a prova e, destarte, distribuir este ônus entre as partes (NCPC, art. 373, § 1º).”

inversão na distribuição dinâmica, pois só se poderia falar em inversão no caso do ônus ser estabelecido prévia e abstratamente.³³⁶

Outra diferença se encontra no âmbito de abrangência dos dois institutos. A inversão do ônus da prova é uma regra especial que tem por escopo facilitar a defesa de um direito material supostamente violado no âmbito do direito consumerista. A distribuição dinâmica do ônus da prova é um instrumento de direito processual, baseada no princípio da cooperação, cujo intuito é equilibrar desigualdades e promover justiça de forma mais efetiva, com âmbito amplo de abrangência, incidindo nas mais diversas relações jurídicas, inclusive nas consumeristas.³³⁷

Diferenciam-se os dois institutos ainda quanto à abrangência dos fatos que são objeto de sua incidência. A inversão do ônus da prova, em regra, implica a transmutação indivisível do *onus probandi* do consumidor para o fornecedor. A distribuição dinâmica incide sobre fatos específicos, que podem coincidir ou não com a totalidade do acervo probatório. O primeiro instituto lida com o acervo probatório como um todo, enquanto o segundo se preocupa com os fatos individualmente.³³⁸

Um quarto argumento surge na doutrina que se propõe a diferenciar os institutos. Argumenta-se que a principal diferença entre a inversão e a distribuição dinâmica do ônus da prova se encontra no seu princípio justificador. A hipossuficiência, como condição compensatória para um acesso à justiça qualitativo, seria o princípio justificador do primeiro, enquanto o princípio da cooperação, decorrente do desenvolvimento do princípio do contraditório, seria o princípio justificador do segundo.³³⁹

A segunda corrente de pensamento, defensora da distinção entre os dois institutos, é a que se filia o presente trabalho. A inversão e a distribuição dinâmica do ônus da prova são duas espécies do gênero flexibilização do ônus da prova. Os

³³⁶ PEDRON, Flávio Quinaud; FERREIRA, Isadora Costa. O ônus da prova dinâmico no código de processo civil de 2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 285, p. 121-156, nov. 2018.

³³⁷ COUTO, Camilo José D'Ávila. *Ônus da prova no novo código de processo civil: dinamização: teoria e prática*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 118-119.

³³⁸ PEDRON, Flávio Quinaud; FERREIRA, Isadora Costa. O ônus da prova dinâmico no código de processo civil de 2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 285, p. 121-156, nov. 2018. p. 141.: “Assim, diferentemente da inversão do ônus da prova, a dinamização não abrange, necessariamente, todos os fatos que demandam provas no processo, mas apenas aqueles fatos que sejam de difícil comprovação por uma das partes.

³³⁹ PEDRON, Flávio Quinaud; FERREIRA, Isadora Costa. O ônus da prova dinâmico no código de processo civil de 2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 285, p. 121-156, nov. 2018. p. 141.

dois institutos fogem da regra geral da distribuição estática do ônus da prova, promovendo sua flexibilização em prol da justiça entre as partes, mas possuem requisitos autorizadores, fundamentos, campo de abrangência e princípios justificadores diversos, o que lastreia a diferenciação dos institutos.

O Superior Tribunal de Justiça, recentemente, ao julgar o Recurso Especial n. 1.729.110/CE, filiou-se à segunda corrente de pensamento, corroborando a ideia de distinção entre a inversão e a distribuição dinâmica do ônus da prova. A relatora do caso, Ministra Nancy Andrighi, construiu entendimento de que os dois institutos são ontologicamente distintos, pois, na distribuição dinâmica, há uma ingerência mais ampla do juiz na distribuição do ônus da prova entre as partes, que permite o exame e a distribuição de cada fato específico isoladamente. Entretanto, apesar das diferenças e particularidades, os dois institutos são casos de flexibilização da distribuição estática do ônus da prova com a finalidade de se alcançar maior justiça na decisão do caso concreto.³⁴⁰

Partindo do pressuposto de que os dois institutos são distintos, há corrente doutrinária que defende que a distribuição dinâmica do ônus da prova não se aplica aos casos consumeristas. Entende que se não há verossimilhança das alegações ou prova de difícil reparação, mantém-se o sistema estático. A distribuição dinâmica exige uma análise mais complexa, o que seria incompatível com os processos regidos pelo Código de Defesa do Consumidor e com a aplicação simultânea da inversão e da distribuição do ônus da prova seria inviável.³⁴¹

³⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Acórdão no Recurso Especial n. 1.729.110/CE*. Relatora Min. Nancy Andrighi. Brasília, 4 abr. 2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1807312&num_registro=201800543970&data=20190404&formato=PDF. Acesso em: 30 maio 2019.: “É preciso esclarecer, ainda, que a inversão do ônus da prova e a distribuição dinâmica do ônus da prova são institutos ontologicamente distintos. [...] Destaca a doutrina, ainda, que a distribuição dinâmica do ônus da prova se diferencia da inversão do ônus da prova porque, naquela, haverá uma mais ampla ingerência do juiz na distribuição do ônus da prova entre as partes que permitirá, inclusive, o exame e a distribuição de cada fato específico isoladamente: [...] Contudo, a despeito das nítidas diferenças e das feições particulares de cada instituto, não se pode olvidar que a distribuição dinâmica do ônus da prova também é, a exemplo do art. 6º, VIII, do CDC, uma hipótese de distribuição judicial do ônus da prova (distribuição *ope judicis*) que excepciona a regra geral do art. 373, I e II, do CPC/15, a fim de superar dificuldades de natureza econômica ou técnica e de buscar a maior justiça possível na decisão de mérito.

³⁴¹ LEITE, Ricardo Rocha. *O ônus da prova no CDC: diversidade, falsa inversão e redução de exigências para produção e valoração probatórias*. Brasília: TJDFT, 2018. p. 111: “Não há de se falar na aplicação da genuína teoria da distribuição dinâmica no CDC. É incompatível do ponto de vista processual impor os institutos simultaneamente. Se o juiz não reconhece que o fato é dotado de verossimilhança ou que a prova é de difícil obtenção pelo consumidor, mantém-se o critério

A doutrina majoritária defende que há possibilidade de aplicação da distribuição dinâmicas aos processos consumeristas. Deve haver uma ordem de aplicação das regras de distribuição do ônus da prova. No caso de processo que trate de litígio consumerista, não haveria subsidiariedade do artigo 6º, VIII, do CDC, ao artigo 373, I e II, do CPC, apesar de este ser a regra geral da legislação processual. Primeiro se analisaria se foram cumpridos os requisitos necessários à inversão do ônus da prova (hipossuficiência do consumidor ou verossimilhança das alegações). Caso não sejam devidamente demonstrados tais requisitos, aplicar-se-ia de forma complementar a regra geral do CPC (artigo 373, I e II). Na hipótese de surgimento dos requisitos da distribuição dinâmica (prova diabólica ou facilidade de obtenção da prova do fato contrário), afastar-se-ia a aplicação da regra geral em favor da distribuição dinâmica (artigo 373, §1º, do CPC).³⁴²

O magistrado, ao receber o processo em fase de saneamento, após o término da fase postulatória, ou seja, já conhecedor da inicial, da contestação, da eventual réplica e dos documentos apresentados pelas partes, observará se há hipossuficiência do consumidor ou se são verossimilhantes suas alegações. Caso a análise seja negativa, ele se voltará à regra do Código de Processo Civil, verificando se o autor comprovou os fatos constitutivos do seu direito e se o réu demonstrou os extintivos, impeditivos ou modificativos do direito do autor. Constada a presença de prova diabólica para o consumidor, ou maior facilidade do fornecedor de demonstração de prova do fato contrário, deve o juiz distribuir de forma dinâmica o ônus da prova, imputando ao fornecedor o encargo da comprovação de determinado fato.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) julgou apelação interposta em face de sentença proferida em ação de indenização por danos morais, cuja causa de pedir se fundou em suposto erro médico, discutindo se houve imprudência

estático. Caso as regras de experiência demonstrem a necessidade de reconhecimento do fato como provado, o magistrado deve utilizar um juízo de identificação do réu que possua melhores condições de produzir a prova. Nessa hipótese, se assim não o fizer, estar-se-ia diante de prova 'diabólica', o que é vedado pelo ordenamento jurídico."

³⁴² LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; FANECO, Livia Carvalho da Silva. Inversão do ônus da prova no CDC e a inversão procedimental no projeto de novo CPC: distinção entre institutos afins. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 91, p. 309-335, jan./fev. 2014. p. 320.

negligência ou imperícia do profissional liberal, assim também sobre a possibilidade de inversão do ônus da prova.³⁴³

O magistrado de primeiro grau julgou improcedentes os pedidos da inicial proposta pelo consumidor. A apelação interposta sustentou que o médico prestou tratamento inadequado, pois receitou medicação em dosagens que contrariaram a sua própria bula, além de ser inadequado para pessoas portadoras de insuficiência respiratória, como no caso da paciente em exame, mãe do autor da ação. Ainda na apelação, foi alegado que a paciente veio a óbito apenas dezesseis dias depois de tomar o primeiro comprimido, sem antes apresentar qualquer sintoma de moléstia ou de doença que justificasse seu falecimento.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no julgamento de preliminar que tratou da possibilidade de inversão do ônus da prova proveniente da incidência do artigo 6º, VIII, do CDC, fundamentou que eram condicionantes para a inversão do ônus da prova a verossimilhança da alegação do consumidor ou sua hipossuficiência. Decidiu que não foi comprovada a hipossuficiência do autor, pois as questões probatórias poderiam ser apuradas mediante a produção regular de provas, especialmente a pericial. Sem muito se delongar, também decidiu que não havia verossimilhança das alegações, não incidindo o referido dispositivo legal.

Superada a preliminar, no mérito, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais reconheceu a prova do falecimento da paciente, mãe do autor, assim como seu dano sofrido em decorrência da morte. Entretanto, negou provimento à apelação baseado na ausência de comprovação dos fatos constitutivos do direito do autor, ou seja, que o autor, ora apelante, não se desincumbiu de comprovar suas alegações.³⁴⁴

³⁴³ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Acórdão na Apelação n. 0014206*. Relator Des. Newton Teixeira Carvalho. Brasília, 2 dez. 2016. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-MG/attachments/TJ-MG_AC_10118110014206001_59736.pdf?Signature=VAPFCtZPqrr8bqf7Zm1TJl%2BWXAM%3D&Expires=1558967412&AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEA0765VPOG&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=d2ffa0b6e11182b19eac070cc858a492. Acesso em: 27 maio 2019.

³⁴⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Acórdão na Apelação n. 0014206*. Relator Des. Newton Teixeira Carvalho. Brasília, 2 dez. 2016. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-MG/attachments/TJ-MG_AC_10118110014206001_59736.pdf?Signature=VAPFCtZPqrr8bqf7Zm1TJl%2BWXAM%3D&Expires=1558967412&AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEA0765VPOG&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=d2ffa0b6e11182b19eac070cc858a492. Acesso em: 27 maio 2019: Contudo, depois de acurada análise dos autos, tem-se que, não obstante tenha o

O acórdão analisado aplicou a distribuição estática do ônus da prova, afastando a inversão do ônus da prova por entender que não houve cumprimento de seus requisitos. O autor deveria, com base na distribuição estática do ônus da prova, comprovar os fatos constitutivos de seu direito, que seria a demonstração categórica de que o médico receitou medicamento impróprio para a paciente, o qual seria causa de seu falecimento. Como o autor se limitou a juntar a bula do medicamento e apresentou testemunhas, não houve prova suficiente de uma conduta imprópria do médico, notadamente em razão de o autor e o Judiciário serem desprovidos da formação específica dos profissionais liberais.

Diferente conclusão poderia ter sido admitida pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais caso aplicasse a distribuição dinâmica do ônus da prova. Primeiro o Tribunal analisaria se caberia a inversão do ônus da prova. Caso a resposta fosse negativa, como o foi, passaria a análise das regras do artigo 373, I e II, combinado com o parágrafo 1º, do CPC. Percebendo que existia uma necessidade probatória especializada, já que o caso tratava de atividade específica de profissional liberal, cumpriria ao magistrado verificar se havia prova diabólica ao autor, ou se a prova do fato negativa seria obtida com maior facilidade pelo réu.

Partindo-se da própria análise realizada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, observa-se que o autor demonstrou que a bula do medicamento foi desconsiderada pelo médico ao realizar o tratamento da paciente. Foi comprovado também, por meio de testemunhas, que a paciente estava em bom estado de saúde antes da intervenção medicamentosa. O autor conseguiu demonstrar um mínimo de indícios de seu direito que serviria de fundamento para melhor investigação do caso.

autor alegado que o falecimento da mãe dele decorreu de erro, após tratamento inadequado, não logrou o agora apelante êxito em comprovar suas alegações.

[...]

A parte autora não logrou êxito em comprovar os fatos constitutivos de seu direito, ônus que lhes incumbia, nos termos do artigo, 333, I, do Código de Processo Civil de 1973.

[...]

Verifica-se que o apelante não demonstrou, por meio de perícia ou atestados médicos, que a prescrição dos remédios foi inadequada, não se podendo falar na prevalência da conclusão a que chegou o autor, com simples leitura da bula dos medicamentos prescritos, em detrimento da opinião do médico que acompanhava a genitora do recorrente, há 7(sete) anos.

A prescrição médica é feita com base nos conhecimentos técnicos próprios dos profissionais dessa área, sendo o autor e o Judiciário desprovidos da formação específica destes profissionais, pelo que não se pode substituir a conclusão médica pela simples leitura de uma bula de um medicamento. As declarações das testemunhas e uma simples leitura da bula do medicamento não nos permitem extrair a conclusão sugerida pelo autor.”

Reconhecida pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais a melhor condição técnica do réu para produção probatória, assim como as limitações do autor e do magistrado para tanto, haveria a incidência do artigo 373, §1º, do CPC, no caso. O profissional liberal deveria ser capaz de produzir a prova negativa dos fatos alegados pelo autor e demonstrar que o medicamento ministrado estava em conformidade com os protocolos médicos aplicáveis ao caso. Na hipótese de não conseguir produzir a prova negativa do fato, sobre ele cairia o encargo do ônus da prova, e não sobre o autor, o que poderia gerar uma conclusão diferente da que chegou o Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

A distribuição dinâmica, prevista no artigo 373, §1º do CPC, e a inversão do ônus da prova, disciplinada no artigo 6º, VIII, do CDC, são casos de flexibilização da distribuição estática do ônus da prova, todavia ontologicamente distintos. Ao se deparar com caso de fato do serviço provocado por profissional liberal, deverá o magistrado primeiro verificar a ocorrência dos requisitos para inversão do ônus da prova. Na hipótese de seu não preenchimento, analisará o caso baseado na distribuição estática do ônus da prova. Ao aplica-la, observará se há impossibilidade ou excessiva dificuldade de o consumidor provar o fato constitutivo do seu direito, ou se o profissional liberal detém maior possibilidade de provar o fato contrário. Caso qualquer dessas situações se aplique ao caso, o magistrado distribuirá de maneira dinâmica o ônus da prova, imputando o encargo a quem possui maiores condições de exercê-la.

Compreendida a diferença entre a distribuição dinâmica e a inversão do ônus da prova, essencial se faz entender os motivos que levaram o legislador a contemplar aquele instituto no código de processo civil brasileiro, assim como os fundamentos de sua aplicação à relação consumerista travada entre o profissional liberal e seu cliente, ou consumidor.

O tratamento igualitário entre pessoas de situações jurídicas distintas é forma de produzir injustiças. A igualdade deve consistir em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, nos termos da conhecida afirmação de Aristóteles, reproduzida por Ruy Barbosa, para que se possa atingir o justo. Os institutos processuais devem ser criados e aplicados com fundamento nessa premissa da isonomia, pois de nada adianta existirem leis materiais que protegem a

parte mais fraca da relação litigiosa se inexistir um sistema processual que atenda tais finalidades.³⁴⁵

A distribuição dinâmica do ônus da prova aparece como fenômeno vinculado à dimensão processual das alterações metodológicas do direito. Decorre do movimento de ocupação do centro da ciência jurídica pela Constituição, que incorpora valores sociais no direito, consubstanciados na garantia de um processo justo e capaz de outorgar justiça aos jurisdicionados.³⁴⁶

Os argentinos, que desenvolveram a teoria das cargas probatórias dinâmicas, entendem que a justiça aplicada ao caso concreto, a equidade, é o principal fundamento dessa doutrina.³⁴⁷ A responsabilidade do juiz no processo, enquanto representante do Estado com função de solucionar os conflitos individuais e manter a ordem jurídica, é o segundo fundamento da teoria, o que pode ser entendido como a pacificação social. Por fim, o terceiro fundamento é a atitude processual das partes, que deve ser baseada na boa-fé e no princípio da cooperação.³⁴⁸

No contexto brasileiro, além dos fundamentos já levantados pela doutrina argentina, a inflexibilidade da distribuição estática se tornou um óbice à concretização da justiça e dos demais mandamentos constitucionais que garantem a todos o devido processo legal. A distribuição dinâmica do ônus da prova serve de efetivação de diversos direitos fundamentais, inerentes ao processo, além de permitir ao magistrado uma atuação mais efetiva no caso concreto, evitando a

³⁴⁵ SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova: como garantia constitucional do devido processo legal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 35-40.

³⁴⁶ MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi Medeiros. *Ônus da prova e sua dinamização*. Salvador: JusPODIVM, 2014. p. 160.

³⁴⁷ AIRASCA, Ivana María. Reflexiones sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. In: PEYRANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori (coord.). *Cargas probatórias dinâmicas*. Santa Fé: Flubinzal-Culzoni, 2008. p. 141. "No nosso entendimento, o principal fundamento dessa doutrina é a justiça; assim, para se chegar a uma decisão que faça justiça no caso concreto é necessária sua aplicação, pois deve ser aplicada. Compartilhamos do critério que não pode ser estabelecido a priori quando será aplicado, porque o material factual do processo e todos os processos são variáveis e muito distintos e complexos. Mas, consideramos que deve ser aplicado em todos aqueles casos em que seja necessária, em que se encaixe sua aplicação, para poder desentranhar a verdade dos fatos e obter uma sentença justa.; E encontra seu fundamento no dever das partes de se conduzirem no processo com lealdade, probidade e boa-fé, no dever de colaborar entre si para desvendar a verdade dos fatos e no dever de cooperação com o tribunal para que descubra como os eventos ocorreram, possibilitando a emissão de uma sentença justa."

³⁴⁸ WHITE, Inés Lépori. Cargas probatorias dinâmicas. In: PEYRANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori (coord.). *Cargas probatórias dinâmicas*. Santa Fé: Flubinzal-Culzoni, 2008. p. 66-68.

prolação de decisões baseadas na simples falta de comprovação dos fatos constitutivos do direito do autor.³⁴⁹

Os princípios e direitos fundamentais efetivados com a introdução da distribuição dinâmica do ônus da prova no ordenamento jurídico brasileiro, e que fundamentam sua aplicação prática, é que serão pormenorizados no presente trabalho, que são: acesso à justiça, efetividade do processo, direito fundamental à prova, superação da prova diabólica, busca da verdade substancial, deveres de cooperação, lealdade, probidade e boa-fé, e pacificação social.

O princípio do acesso à Justiça, ou da inafastabilidade da jurisdição, é previsto no artigo 5º, XXXV, da CF, ao dispor que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Duas finalidades principais são buscadas no respeito a esse princípio, que são a acessibilidade igualitária a todos e a produção de resultados justos. O acesso à Justiça deve ser realmente efetivo, o que implica a existência de mecanismos adequados para reinvidicação de direitos, pois do contrário se tratará de acesso formal e ineficaz.³⁵⁰

Impossibilitar ou dificultar, direta ou indiretamente, a proteção judicial da lesão ou ameaça a direito da parte, por meio da inviabilização da produção probatória, é ofender diretamente o preceito constitucional. A regra processual precisa possibilitar a ampla produção probatória para que haja ampla e livre alegação de lesão ou ameaça a direito. A distribuição dinâmica do ônus da prova surge especificamente como mecanismo probatório de efetivação do princípio constitucional do acesso à justiça.³⁵¹

O princípio da efetividade do processo se extrai dos princípios constitucionais do acesso à Justiça, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. O processo só é considerado efetivo se realiza, efetua ou perfaz o direito material discutido. Processo efetivo é aquele que é exitoso em propiciar o direito a quem o detenha. As cargas probatórias dinâmicas permitem que as partes

³⁴⁹ FAGUNDES, Higor. *Direito probatório: perspectiva da distribuição dinâmica do ônus da prova*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 68-69.

³⁵⁰ ZANETI, Paulo Rogério. *Flexibilização das regras sobre o ônus da prova*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 133-134.

³⁵¹ COUTO, Camilo José D'Ávila. *Ônus da prova no novo código de processo civil: dinamização: teoria e prática*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 200.

não apenas tenham o direito de se manifestar, mas de provar suas alegações, efetivando da forma mais eficaz o direito material levado ao Judiciário.³⁵²

O direito fundamental à prova, conforme já amplamente explicitado no capítulo anterior, decorre do princípio constitucional do devido processo legal. A produção paritária e equânime da prova, realizada com fundamento no princípio da igualdade substancial, garante um processo justo que deve ser assegurado a todo e qualquer cidadão. Para que se permita a produção efetiva de provas, na hipótese de grave desigualdade entre as partes, é necessário um instrumento processual que flexibilize o sistema tradicional de produção probatória, o que é obtido com a incidência da distribuição dinâmica do ônus da prova.³⁵³

Os demais princípios que fundamentam a inclusão das cargas probatórias dinâmicas no ordenamento jurídico brasileiro, como também a sua incidência para a relação consumerista travada entre o profissional liberal e o consumidor, podem ser divididos em três grandes grupos: a busca da verdade real por meio da superação da prova diabólica; os deveres das partes e do magistrado de cooperação, lealdade, probidade e boa-fé; e a pacificação social.

Abstrai-se do princípio do contraditório o dever de cooperação processual, que deve ser respeitado pelas partes e pelo magistrado. O encargo probatório deve ser encarado com uma visão solidarista, na qual nenhuma das partes deveria adotar uma posição de espera, aguardando se o adversário conseguirá produzir as provas de suas alegações para, só então, movimentar-se e tomar a iniciativa de provar os fatos de interesse da causa. As partes devem colaborar com o juiz para a elucidação dos fatos e a melhor adequação do direito material discutido, enquanto o juiz deve presidir o julgamento extraindo o máximo de informações concernentes à causa.³⁵⁴

Muitos autores elegem o princípio da cooperação como base da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. O artigo 373, §1º, do CPC, prevê que, na hipótese de uma das partes demonstrar impossibilidade ou excessiva dificuldade de produzir a prova que lhe compete, ou no caso de a parte deter maior facilidade na

³⁵² ZANETI, Paulo Rogério. *Flexibilização das regras sobre o ônus da prova*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 140-141.

³⁵³ BAZZANEZE, Thaís. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios: análise à luz do devido processo legal e do acesso à justiça. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 205, p. 55-87, mar. 2012. p. 56.

³⁵⁴ YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Considerações sobre a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 205, p. 115-158, mar. 2012. p. 123.

obtenção da prova do fato contrário, o ônus da prova deve ser distribuído, de maneira dinâmica, para a parte que detém as maiores facilidades na produção. Por se tratar da flexibilização da regra geral de distribuição do ônus da prova e evitar a inércia da parte beneficiada com a desigualdade processual, o princípio da cooperação é lastro para a existência do citado dispositivo legal.³⁵⁵

O CPC, em seu artigo 5º, define que aquele que participa do processo deve se comportar de acordo com a boa-fé. O processo cooperativo, por sua vez, pressupõe uma atuação proba, leal e de boa-fé das partes, tanto no seu aspecto subjetivo como no objetivo. O fato de as partes serem parciais quanto ao deslinde do processo não autoriza a deslealdade e a malícia em sua conduta. É nesse contexto que se inserem as cargas probatórias dinâmicas.³⁵⁶

A busca da verdade substancial pode ser descrita como um produto da atividade probatória que conduz ao provimento judicial. A prova se revela como fonte de investigação dos fatos para apuração da verdade material, ou seja, aquilo que efetivamente se passou no plano real. Por certo, não se alcança a verdade absoluta sobre os fatos discutidos em um processo, mas a prova é o instrumento útil para que o magistrado se aproxime dessa verdade. A prova diabólica é a de inviável produção. O que a distribuição dinâmica do ônus da prova realiza é a superação da

³⁵⁵ PEDRON, Flávio Quinaud; FERREIRA, Isadora Costa. O ônus da prova dinâmico no código de processo civil de 2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 285, p. 121-156, nov. 2018. p.133: “Ante a insuficiência da distribuição clássica (estática) disposto no art. 333 do Código de Processo Civil de 1973, a norma central de entrada da teoria no sistema processual brasileiro, sob a égide do CPC de 1973, parece ser a regra do inc. I do art. 125 do Estatuto Processual (1973). Além das matrizes constitucionais mencionadas, a leitura desse preceito (inc. I do art. 125 do CPC/1973), para aplicá-lo a dinamização do ônus probatório, pode ser também esclarecida pelas normas que tratam do dever de colaboração com o magistrado para a elucidação dos fatos controversos (princípio da cooperação), dispostas esparsamente pelo Código de Processo Civil de 1973 (artigos 339, 340, 342, 345 e 355). A lealdade e a boa-fé processuais (aspectos do princípio da cooperação), previstas em várias normas do Código de Processo Civil de 1973 (artigos 14, 16, 17, 18, inc. III do art. 125), podem também ser apontadas como normas diretivas para uma interpretação sistemática viabilizadora da utilização dos preceitos da dinamização da carga probatória no direito brasileiro (RODRIGUES; MONTEIRO NETO, 2016, p. 518)”.

³⁵⁶ SANTOS, Igor Raatz dos. Processo, igualdade e colaboração os deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio como meio de redução das desigualdades no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n. 192, p. 47- 80, fev. 2011. p. 52: “Nesse contexto, o processo justo deve ser um processo cooperativo, informado pela boa-fé, tanto no seu aspecto subjetivo, quanto objetivo. A cooperação, com efeito, sobreleva como expoente máximo do processo civil na consecução da justiça do caso concreto. Nessa senda, inegáveis são os reflexos exercidos na atuação das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo, inclusive o órgão julgador. O fato de as partes serem parciais e interessadas no resultado da causa não significa que estejam isentas de agir com lealdade e boa-fé, sendo possível falar em um verdadeiro fair play processual.”

prova diabólica com a flexibilização do encargo probatório entre as partes, em busca da verdade real, ou substancial do processo, fazendo-se justiça no caso concreto.³⁵⁷

O processo é um poderoso instrumento de concretização da realização de justiça. Com a concretização dos demais princípios acima expostos, o processo confere à sociedade a tutela jurisdicional necessária para a pacificação social. Os contornos inovadores apresentados pela distribuição dinâmica do ônus da prova deixam clara a atividade pacificadora do processo, pois afasta a injustiça causada pela inflexibilidade da distribuição estática do ônus da prova, que melhor convence as partes e proporciona legitimidade decisória mais efetiva nas mãos do magistrado.³⁵⁸

O alcance da igualdade substancial das partes com a aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova é evidente no contexto de proteção do indivíduo vulnerável. Todos os princípios efetivados pelas cargas probatórias dinâmicas circundam a necessidade de se garantir igualdade real entre as partes litigantes, o que se estabelece em um patamar além do direito material, em sede da produção probatória, que é conteúdo pertencente ao direito processual.

Compreendida a efetividade da distribuição dinâmica do ônus da prova na relação travada entre o profissional liberal e seu consumidor, diferenciando-a da inversão do ônus da prova e tecendo comentários acerca do seu substrato axiológico, faz-se imperioso estudar como se dá sua aplicação na prática processual consumerista brasileira. Já foi analisado em que momento incide cada caso de distribuição do ônus da prova (estática, inversão do ônus e distribuição dinâmica) e qual é o momento de incidência de cada um deles. Parte-se, agora, para a apreciação das etapas específicas de aplicação das cargas probatórias dinâmicas, confrontando-a com as críticas doutrinárias e jurisprudenciais.

³⁵⁷ FAGUNDES, Higor. *Direito probatório: perspectiva da distribuição dinâmica do ônus da prova*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 80-84.

³⁵⁸ FAGUNDES, Higor. *Direito probatório: perspectiva da distribuição dinâmica do ônus da prova*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 87-89.

3.2 A distribuição dinâmica do ônus da prova na prática processual dos profissionais liberais como fornecedores das relações de consumo

A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova foi inicialmente desenvolvida na Argentina, por meio de farta doutrina e jurisprudência que tratam do assunto, para ganhar espaço em diversos ordenamentos jurídicos pelo mundo, a exemplo da Espanha e do Brasil. Introduzida formalmente no direito brasileiro por meio do artigo 373, §1º, do CPC, tal teoria sofreu algumas críticas da doutrina, que precisam ser analisadas com referência à regra que está prevista na legislação processual brasileira, para se observar se o modelo de distribuição dinâmica optado pelo ordenamento jurídico brasileiro solucionou, ou não, as limitações do instituto apontadas pela doutrina.

Antes de adentrar no caso brasileiro, merecedores de nota são os casos de flexibilização do ônus da prova em alguns países de tradição *civil law*, que têm a distribuição estática do ônus da prova como regra geral, em que o autor deve provar os fatos constitutivos de seu direito e o réu os modificativos, extintivos ou impeditivos do direito do autor. Os magistrados espanhóis, inicialmente, começaram a aplicar a teoria, por eles chamada de *regla o principio de la facilidad probatoria*, para redistribuir o ônus probatório para quem detivesse melhores condições de exercê-lo. Assim como no Brasil, não havia previsão legal para a aplicação do instituto, o que só viria a ser solucionado posteriormente.³⁵⁹

A *Ley de Enjuiciamiento Civil española*, desde sua sanção em 1881, havia sido modificada em diversas oportunidades, mas necessitava de uma grande reforma para se adequar aos institutos jurídicos mais modernos, pelos quais ansiava aquela sociedade. A *Ley 1/2000* veio exatamente para reformar e inovar o processo civil espanhol. Por uma iniciativa dos próprios juízes, que elaboraram recomendação direta aos reformistas, criou-se o artigo 217 da referida lei, que prevê a possibilidade de flexibilização das regras clássicas de distribuição do ônus da prova – as quais seguem o mesmo modelo clássico aplicado no Brasil, baseado em

³⁵⁹ PEYRANO, Marcos L. La teoría de las 'cargas probatorias dinámicas' em la flamante ley de enjuiciamiento civil española (Lei 1/2000). In: PEYRANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori (coord.). *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fé: Flubinzal-Culzoni, 2008. p. 186.

Chiovenda – para impor o ônus probatório para quem possui a melhor disponibilidade e facilidade de exercê-lo.³⁶⁰

Dispõe-se, expressamente, nos artigos 217.6 e 7, a possibilidade de se flexibilizar o ônus da prova, inclusive com a aplicação das cargas probatórias dinâmicas. Cumpre ressaltar, que o artigo 217.1³⁶¹ determina que o Tribunal analise o ônus da prova no momento de proferir a sentença. Havendo dúvida quanto a fatos relevantes para o desfecho processual, o magistrado deverá verificar se as partes cumpriram com seus encargos probatórios e os distribuirá no momento da decisão, o que poderá gerar surpresa para as partes, fator motivador de críticas advindas da doutrina.

O *Código General del Proceso* do Uruguai, Lei n. 15.982, detém capítulo específico para tratar das provas. Em seu artigo 139, define como se dará a distribuição da carga probatória, estabelecendo a regra geral, no artigo 139.1, de que cabe ao autor provar os fatos constitutivos de seu direito e ao réu os modificativos, impeditivos ou extintivos da pretensão do autor. Excepcionando a regra geral, o artigo 139.2 prevê que a distribuição da carga probatória não impedirá a iniciativa probatória do Tribunal nem sua apreciação, de acordo com seu livre conhecimento, das omissões ou deficiências da prova.³⁶²

O legislador uruguaio manteve a regra geral da distribuição estática do ônus da prova, fundado na teoria de Chiovenda, mas permitiu ao magistrado a iniciativa probatória, o que autoriza a distribuição dinâmica, além da livre apreciação do

³⁶⁰ ESPANHA. *Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>. Acesso em: 10 jun. 2019.: “[...] 6. Las normas contenidas en los apartados precedentes se aplicarán siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes.; 7. Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio.”

³⁶¹ ESPANHA. *Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>. Acesso em: 10 jun. 2019.: “1. Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimaré las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones.”

³⁶² URUGUAI. *Ley 15.982, 18 de octubre de 1988*. Se aprueba el Código del Proceso. Disponível em: <https://iberred.org/sites/default/files/codigo-procesal-civiluruguay.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019.: “139.1 Corresponde probar, a quien pretende algo, los hechos constitutivos de su pretensión; quien contradiga la pretensión de su adversario tendrá la carga de probar los hechos modificativos, impeditivos o extintivos de aquella pretensión.; 139.2 La distribución de la carga de la prueba no obstará a la iniciativa probatoria del tribunal ni a su apreciación, conforme con las reglas de la sana crítica, de las omisiones o deficiencias de la prueba.”

conjunto probatório pelo julgador, especialmente nos casos de indefinição da ocorrência do fato em virtude da deficiência probatória ou omissões não sanadas pelas partes.³⁶³ Todavia, a legislação uruguaia não esclarece como se dariam as cargas probatórias dinâmicas, muito menos prevê limitação clara à atuação do magistrado.

O direito português não destoa do brasileiro no tocante à regra geral de distribuição do ônus da prova. O artigo 342 do Código Civil Português estabelece a distribuição estática do ônus da prova como regra geral, determinando que o autor deverá fazer prova dos fatos constitutivos do direito invocado, enquanto ao réu compete os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor. Admite, também, a convenção sobre o ônus da prova em seu artigo 345, limitando-a na hipótese de direito indisponível, de causar excessiva dificuldade a uma das partes e que fuja dos meios de provas legais.³⁶⁴

O dever de cooperação entre as partes é expressamente adotado pela legislação portuguesa, e sua violação acarreta a inversão do ônus da prova. Assim, quando uma das partes torna impossível a prova ao onerado, inverte-se o ônus da prova. Inverte-se, ainda, nos casos de presunção legal, dispensa, liberação do ônus da prova, ou convenção válida.³⁶⁵

A doutrina desenvolveu, com fulcro nos modelos acima descritos, críticas à flexibilização do ônus da prova, especialmente à distribuição dinâmica. Primeira ressalva que foi feita pela doutrina para a aplicação das cargas probatórias

³⁶³ GARCIA, André Almeida. A distribuição do ônus da prova e sua inversão judicial no sistema processual vigente e no projetado. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 208, p. 91-124, jun. 2012. p. 99.

³⁶⁴ PORTUGAL. *Código Civil Português*: atualizado até à Lei 59/99, de 30 jun. Disponível em: https://www.cascais.pt/sites/default/files/anexos/gerais/codigo_civil_atualizado_ate_a_lei_59_99_.pdf. Acesso em: 20 jun. 2019.: “ARTIGO 342º (Ônus da prova) 1. Àquele que invocar um direito cabe fazer a prova dos factos constitutivos do direito alegado. 2. A prova dos factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado compete àquele contra quem a invocação é feita.; [...] ARTIGO 345º (Convenções sobre as provas) 1. É nula a convenção que inverta o ônus da prova, quando se trate de direito indisponível ou a inversão torne excessivamente difícil a uma das partes o exercício do direito. 2. É nula, nas mesmas condições, a convenção que excluir algum meio legal de prova ou admitir um meio de prova diverso dos legais; mas, se as determinações legais quanto à prova tiverem por fundamento razões de ordem pública, a convenção é nula em quaisquer circunstâncias”.

³⁶⁵ MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi Medeiros. *Ônus da prova e sua dinamização*. Salvador: JusPODIVM, 2014. p. 215.: “No entanto, naquele país, tendo em vista o dever de cooperação expressamente adotado, há possibilidade da inversão do ônus probatório pelo seu descumprimento. Por conseguinte, a inversão do *ônus probandi* em Portugal é utilizada predominantemente como sanção à quebra do dever de cooperação das partes, inclusive tem predisposição para a modificação da regra geral em seu Código Civil”.

dinâmicas é a ausência de previsão expressa em texto de lei.³⁶⁶ A distribuição dinâmica foi uma criação doutrinária e jurisprudencial que se reproduziu no sistema jurídico de diversos países, inclusive no brasileiro, antes da apreciação expressa do legislador. A doutrina e a jurisprudência, com base em uma hermenêutica do texto constitucional e infraconstitucional, passaram a aplicar a teoria em diversos casos sem regulação específica da legislação.³⁶⁷

Tribunais pátrios aplicaram, em diversas ocasiões, as cargas probatórias dinâmicas, reconhecendo sua incidência apesar da ausência de previsão legal expressa. O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial n.º 1.286.704/SP, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, aplicou a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova com fundamento em uma interpretação sistemática da legislação processual em conjunto com a Constituição Federal, determinando que o ônus probatório recaísse sobre quem tivesse melhores condições de produzi-lo no caso concreto, em decisão publicada no ano de 2013.³⁶⁸

A questão ficou superada, no Brasil, após a entrada em vigor da Lei n. 13.105/15, que criou o Código de Processo Civil, o qual, no Capítulo XII, que trata

³⁶⁶ PEYRANO, Jorge W. Informe sobre la doctrina de las cargas probatórias dinâmicas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 217, p. 205-224, mar. 2013. p. 210. “Esta linha de argumento é a mais cômoda para desestimular as cargas probatórias dinâmicas. Eis que se revela a seus mentores de todo esforço intelectual porque ‘vestibularmente’, consideram fora de toda ponderação por não contar com a consagração legal expressa.” Sem recorrer a argumentações jusfilosóficas acerca de que a lei não é a única fonte do direito, nos permitimos consignar que desde meados do século vinte essa linha de pensamos é absolutamente descartável”.

³⁶⁷ MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi Medeiros. *Ônus da prova e sua dinamização*. Salvador: JusPODIVM, 2014. p. 210.: “[...] É que já se tem admitido, doutrinária e jurisprudencialmente, consoante demonstrado anteriormente, a aplicação direta da Constituição, sendo esse exatamente um caso de concretização de direitos princípios constitucionais, tais como a cooperação, a flexibilização procedimental e, acima de todos eles, a cláusula geral do devido processo legal.”

³⁶⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Acórdão no Recurso Especial n. 1.286.704/SP*. Relatora: Min. Nancy Andrighi. DJ, Brasília, 28 out. 2013. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1275620&num_registro=201102426968&data=20131028&formato=PDF. Acesso em: 9 jun. 2019.: “Mesmo que a prova não incumbisse exclusivamente às rés, pode-se falar, no mínimo, em distribuição dinâmica do ônus da prova, que tem por fundamento a probatio diabolica, isto é, a prova de difícil ou impossível realização para uma das partes, e que se presta a contornar a teoria de carga estática da prova, adotada pelo art. 333 do CPC, que nem sempre decompõe da melhor forma o onus probandi, por assentar-se em regras rígidas e objetivas. Com base na teoria da distribuição dinâmica, o ônus da prova recai sobre quem tiver melhores condições de produzi-la, conforme as circunstâncias fáticas de cada caso.; Embora não tenha sido expressamente contemplada no CPC, uma interpretação sistemática da nossa legislação processual, inclusive em bases constitucionais, confere ampla legitimidade à aplicação dessa teoria, levando-se em consideração, sobretudo, os Documento: 1275620 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 28/10/2013 Página 13 de 4 Superior Tribunal de Justiça princípios da isonomia (arts. 5º, caput, da CF, e 125, I, do CPC), do devido processo legal (art. 5º, XIV, da CF), do acesso à justiça (art. 5º XXXV, da CF) e da solidariedade (art. 339 do CPC), bem como os poderes instrutórios do Juiz (art. 355 do CPC).”

das provas, expressamente consagra a distribuição dinâmica do ônus da prova ao dispor, em seu artigo 373, §1º, que nos casos previstos em lei, ou diante da peculiaridade da causa referente à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de produção probatória, ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso. Cuida-se de previsão expressa das cargas probatórias dinâmicas no ordenamento jurídico pátrio.

Uma segunda crítica recorrente se funda no questionamento acerca da utilidade na existência das cargas probatórias dinâmicas. Para os que se posicionam assim, no ordenamento jurídico existem outros caminhos para se obter resultados similares aos da distribuição dinâmica, o que fundamentaria sua inutilidade. Uma primeira referência a tal entendimento se encontra em um artigo publicado na Argentina, de autoria desconhecida, subscrito apenas com as iniciais A.C.P.³⁶⁹

A doutrina brasileira que se filiou à inutilidade da distribuição dinâmica desenvolveu sua análise com enfoque na legislação pátria, que é de interesse deste trabalho. Afirma-se que a dificuldade na produção probatória, em face da qual se insurge a teoria das cargas probatórias dinâmicas, reside na aquisição da prova pelo processo, ou seja, no estorvo enfrentado pela parte hipossuficiente às fontes de prova. A postura passiva ou acomodada adotada pela parte em melhores condições atenta contra a obtenção da verdade material no processo.³⁷⁰

Considera-se pouco útil a redistribuição do ônus da prova com a finalidade de vencer a barreira da hipossuficiência de uma das partes e da busca da verdade real dos fatos, já que existem outros mecanismos, mais práticos e menos drásticos, para se alcançar tal objetivo. No caso da recusa da apresentação de documento, por exemplo, já existe o pedido de exibição de documentos. Em uma situação de erro médico, a dúvida poderia ser sanada pela realização de perícia. O sistema probatório já possui mecanismos suficientes para produção probatória que demonstra a desnecessidade de se modificar o ônus probatório.³⁷¹

³⁶⁹ PEYRANO, Jorge W. Informe sobre la doctrina de las cargas probatórias dinâmicas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 217, p. 205-224, mar. 2013. p. 212.

³⁷⁰ YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Considerações sobre a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 205, p. 115-158, mar. 2012. p. 125-126.

³⁷¹ YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Considerações sobre a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 205, p. 115-158, mar. 2012. p. 125-126.

Os apoiadores da distribuição dinâmica defendem, em contraposição aos críticos, que realmente existem diversos mecanismos de produção probatória aptos ao auxílio da parte hipossuficiente. Todavia, no caso de não se obter a prova suficiente para a convicção do magistrado, e se tendo em consideração a obrigatoriedade de haver provimento jurisdicional, o caso será decidido com fundamento no ônus da prova, em desfavor de quem não a produziu. Na hipótese da mencionada perícia ser inconclusiva, ou da não obtenção de documento pelo pedido de exibição, sendo caso de distribuição estática, a parte hipossuficiente restará perdedora, enquanto no caso de distribuição dinâmica ocorrerá o inverso, o que atestaria sua utilidade.³⁷²

O apego à igualdade formal das partes é também utilizado como fundamento para crítica à distribuição dinâmica do ônus da prova, pois fugir da regra estática ofenderia o princípio da isonomia, porquanto não se poderia embasar a alteração do ônus da prova, na forma legalmente prevista, com fulcro exclusivamente no maior ou no menor grau de dificuldade para sua produção.³⁷³

A principal crítica feita pela doutrina à teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova é, certamente, a ofensa ao devido processo legal, a partir do momento em que a sua aplicação possa causar ou efetivamente cause surpresa para qualquer das partes as quais,³⁷⁴ no início do processo, presumem que a distribuição do ônus da prova seguirá nos moldes da regra geral, ou seja, ao autor incumbirá a prova dos fatos constitutivos do seu direito e ao réu incumbirá a prova dos fatos impeditivos, extintivos ou modificativos do direito do autor. O juiz, ao

³⁷² MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi Medeiros. *Ônus da prova e sua dinamização*. Salvador: JusPODIVM, 2014. p. 211: “Muito mais adequado para a busca da verdade e que nada possui de absurdo é a modificação do ônus da prova. Veja que, na sugestão de Michele Taruffo, a imposição de que a parte produza provas úteis à outra parte sob pena de sanções poderia forçar a produção de alguma prova, mas que, no entanto, não estimularia toda a produção probatória, pois os encargos probatórios permaneceriam iguais. Ao fim do processo, a parte hipossuficiente teria sido derrotada, por não ter se desincumbido do ônus probatório”.

³⁷³ YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Considerações sobre a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 205, p. 115-158, mar. 2012. p. 127: A maior ou menor dificuldade de produção da prova, por si só, jamais poderia ser utilizada como fundamento para a alteração do ônus da prova estabelecido em lei (seja a regra do art. 333 do CPC (LGL\1973\5), seja a constante em lei extravagante), que conforme já ressaltado implica em dispensa da prova do fato alegado pela parte a quem ele beneficia, pois isto resultaria em flagrante ofensa ao princípio constitucional da isonomia, que exige da parte prova de suas alegações precisamente porque, à míngua de prova, não lhe seria lícito dar mais valor à palavra do autor do que à do réu, sejam eles quem forem.”

³⁷⁴ COUTO, Camilo José D'Ávila. *Ônus da prova no novo código de processo civil: dinamização: teoria e prática*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 102.

proferir sentença, poderá aplicar a distribuição dinâmica, interferindo flagrantemente na expectativa que as partes detinham do provimento jurisdicional, o que se configuraria como ofensa à garantia constitucional do devido processo legal.

Preocupados com a possível violação do devido processo legal em razão da possível surpresa na aplicação da distribuição dinâmica e, ato contínuo, no desrespeito ao contraditório, os processualistas argentinos, em sede do XVII Congresso Argentino de Direito Processual, manifestaram-se sobre o tema. Reconheceram o risco ao devido processo legal que a aplicação desregulada do instituto poderia trazer, defendendo a necessidade de se formalizar a teoria no sistema jurídico argentino, sugerindo que a advertência às partes no tocante a aplicação das cargas probatórias dinâmicas na audiência preliminar poderia eliminar a mencionada violação.³⁷⁵

Em síntese, são quatro as mais importantes críticas à distribuição dinâmica do ônus da prova. A primeira é a ausência de previsão legal expressa para o instituto, o que resta superado no Brasil com a sua disposição no artigo 373, §1º, do CPC. A segunda se funda na inutilidade da teoria, pois já existiriam mecanismos suficientes para resguardar o hipossuficiente. A terceira seria a violação ao princípio da isonomia, baseada no descumprimento da igualdade formal das partes. A quarta, e mais importante, é o atentado contra o devido processo legal, baseado na surpresa que as partes teriam com a aplicação das cargas probatórias dinâmicas. Preocupadas com as principais críticas ao instituto, a doutrina desenvolveu quais seriam os requisitos e limites à aplicação do instituto, que serão analisadas abaixo em conjunto com a previsão positivada no Código de Processo Civil.

Os elementos estruturais de qualquer teoria, como a própria terminologia indica, são os pilares que a sustentam, proporcionando-lhe validade científica. A teoria da distribuição do ônus da prova apresenta quatro elementos estruturais fundamentais: os requisitos de sua aplicabilidade, o dever de informação do magistrado para as partes, o momento e os limites de sua aplicação.³⁷⁶

³⁷⁵ PEYRANO, Jorge W. Informe sobre la doctrina de las cargas probatórias dinámicas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 217, p. 205-224, mar. 2013. p. 213.

³⁷⁶ COUTO, Camilo José D'Ávila. *Ônus da prova no novo código de processo civil: dinamização: teoria e prática*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 127.

O requisito principal para aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova decorre da própria essência do instituto, que se perfaz na dificuldade ou impossibilidade de produção de prova por uma das partes, muitas vezes configurada como prova diabólica em razão da extrema dificuldade em sua obtenção, e maior facilidade de produção pela parte contrária.³⁷⁷

A mencionada dificuldade ou impossibilidade pode derivar, primeiramente, da ausência de condições fáticas na obtenção da prova, decorrente da fática impossibilidade de sua produção. Por outro lado, pode decorrer de desigualdade entre as partes, tanto a de ordem econômica quando a de caráter técnico. Em conjunto com a dificuldade ou impossibilidade de uma das partes, deve-se caracterizar a maior facilidade na produção da prova pela parte adversa.³⁷⁸

A desigualdade técnica existente na relação travada entre o profissional liberal e o seu consumidor é justamente o que justifica a aplicação das cargas probatórias dinâmicas. O profissional liberal é o especialista que detém todo o conhecimento da prestação do serviço contratada pelo consumidor, enquanto este último demonstra conhecimento limitado do que está ocorrendo e dos motivos que eventualmente gerariam determinado dano. O desequilíbrio ocorre ao natural, já que, quem pouco ou nada sabe, não tem condições de realizar escolhas e tende a acatar tudo que lhe é apresentado pelo especialista.³⁷⁹

O caso da responsabilidade do profissional liberal, especialmente da responsabilidade médica, foi exatamente o que deu ensejo à teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. Em matéria de responsabilidade médica por má prática, os critérios de distribuição estática do ônus da prova, que impunham ao autor o ônus

³⁷⁷ MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi Medeiros. *Ônus da prova e sua dinamização*. Salvador: JusPODIVM, 2014. p. 165.

³⁷⁸ COUTO, Camilo José D'Ávila. *Ônus da prova no novo código de processo civil: dinamização: teoria e prática*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 130-131.: "Quando à desigualdade econômico-financeira como requisito à aplicação da teoria da dinamização do ônus da prova, deverá o magistrado analisar a capacidade econômico-financeira do jurisdicionado quanto à produção da prova necessária e essencial para a solução da respectiva demanda. Assim, a utilização deste requisito fica adstrita àquelas provas cuja realização dependa de pagamento relativo a sua respectiva execução, sendo a mais comum a produção de prova pericial.

³⁷⁹ PRUX, Oscar Ivan. *Responsabilidade civil do profissional liberal no Código de Defesa do Consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 46.

de provar a culpa do médico, praticamente o privam do direito à indenização relacionada ao dano sofrido.³⁸⁰ “

Enquadram-se nessa seara das informações privilegiadas e especializadas, de cunho técnico-científico, os profissionais que utilizam diretamente tais conhecimentos em seu labor diário. É flagrante a desigualdade técnica nos processos em que o paciente reivindica direito proveniente da atividade do médico, assim como do arquiteto contratado para a execução de um projeto, ou do contador que deveria tratar devidamente dos tributos de seu consumidor.³⁸¹

Cumulativamente com a impossibilidade ou com a excessiva dificuldade que uma das partes tem de produzir a prova, é necessário que a parte contrária goze do mínimo de condições necessárias para sua produção, ou pelo menos demonstre, inicialmente, que detém melhor condições de arcar com o encargo probatório. Isso significa que há um limitador à distribuição dinâmica do ônus da prova, que se perfaz na impossibilidade que a flexibilização da regra geral impute prova diabólica para a uma das partes.³⁸²

Haveria um desvio de finalidade na aplicação da distribuição dinâmica se o instituto causasse uma prova diabólica reversa. Nessa situação, não se estaria impondo a transferência de um ônus visando a um provimento mais justo, mas sim uma simples transferência de derrota processual. A finalidade do instituto é a preservação de um processo justo e equânime, baseado no princípio da cooperação

³⁸⁰ VALLEJOS, Juan Carlos. Cargas probatórias dinâmicas, aproximaciones conceptuales: especial referencia a la culpa médica. In: PEYRANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori (coord.). *Cargas probatórias dinâmicas*. Santa Fé: Flubinzal-Culzoni, 2008. p. 467.

³⁸¹ COUTO, Camilo José D'Ávila. *Ônus da prova no novo código de processo civil: dinamização: teoria e prática*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 138-139: “[...] Pode-se formular a hipótese de um arquiteto, um engenheiro hidráulico, contratados por uma empresa do ramo imobiliário e de construção civil para criarem, respectivamente, um projeto arquitetônico, um projeto hidráulico e um projeto elétrico visando a construção de um grande e luxuoso *shopping center*. Evidente que estes profissionais liberais, mesmo eventualmente figurando no polo contrário da demande uma pessoa jurídica com potencial econômico-financeiro muitas vezes superior ao seu, detém informações privilegiadas sob o aspecto técnico, a respeito desses projetos.; Em síntese, diante da flagrante e inquestionável facilidade na produção da prova, uma vez que tais partes são as detentoras desse conhecimento técnico-científico especializado, *lato e stricto sensu*, bem como de informações privilegiadas sobre o *thema probandum*, é razoável, proporcional, justo, constitucional e equânime, que o juiz dinamize o ônus da prova, imputando a essas, além do dever que lhes é peculiar diante do princípio da cooperatividade, o ônus da prova e via de consequência, o risco de sua omissão ou insuficiência na produção da prova.”

³⁸² FAGUNDES, Higor. *Direito probatório: perspectiva da distribuição dinâmica do ônus da prova*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 110.

e da igualdade material das partes, o que estaria sendo violado no caso da ocorrência de prova diabólica reversa.³⁸³

O legislador brasileiro estabeleceu exatamente os requisitos aqui mencionados para a aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova. No artigo 373, §1º e 2º, do CPC, está previsto que, diante da impossibilidade ou excessiva dificuldade de uma das partes cumprir o encargo probatório baseado na distribuição estática do ônus da prova, poderá o juiz distribuí-la de forma dinâmica, desde que tal desincumbência não gere um encargo impossível ou excessivamente difícil para a parte contrária. Entretanto, o legislador foi além, especificou que no caso de a parte deter maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, também deverá ser distribuído de maneira dinâmica o ônus probatório.

Fato contrário nada mais é do que a chamada contraprova, ou prova do fato negativo, que é a prova de um não fato,³⁸⁴ cuja comprovação se deduz de algo que não poderia acontecer, ou perceber, se o fato existisse, ou daquilo que aconteceu, ou se percebeu, que não deveria ter acontecido se o fato não existisse.³⁸⁵ Suponha que um engenheiro foi contratado para projetar e acompanhar a construção de uma casa de dois andares. Quando a obra estava em sua metade, especificamente na construção da laje superior, parte da casa desaba. O dono da casa propõe ação judicial em face do engenheiro, alegando que este último realizou os cálculos errados da quantidade de material que serviu de estrutura para a casa. O magistrado, ao sanear o processo, deverá distribuir de maneira dinâmica o ônus da prova, imputando ao engenheiro o encargo de provar o fato contrário, ou seja, que realizou todos seus cálculos de forma correta e que o desabamento se deu por motivo diverso de sua conduta.

O segundo elemento estrutural da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova é o dever de informações do magistrado para as partes. A principal crítica às cargas probatórias dinâmicas é exatamente a possível violação do devido processo legal decorrente da surpresa das partes em sua aplicação. O dever de informação

³⁸³ FAGUNDES, Higor. *Direito probatório: perspectiva da distribuição dinâmica do ônus da prova*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 116-117.

³⁸⁴ YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Considerações sobre a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 205, p. 115-158, mar. 2012. p. 124.

³⁸⁵ HIGINO NETO, Vicente. *Ônus da prova: teoria da redução do módulo da prova e das provas dinâmicas e compartilhadas*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 92-93.

surge com a finalidade de evitar que as partes sejam surpreendidas com a dinamização do encargo probatório e a não aplicação da distribuição estática do ônus da prova.

Há, no Brasil, previsão expressa da possibilidade de distribuição dinâmica do ônus da prova, nos termos do artigo 373, §1º, do CPC. Todavia, o legislador foi cauteloso com a aplicação do instituto ao prever que o juiz, ao atribuir o ônus da prova de modo diverso da regra geral, o faça por decisão fundamentada e dê à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. Portanto, para que seja válida a aplicação das cargas probatórias dinâmicas no Brasil, faz-se necessária a decisão fundamentada do juiz e o contraditório da parte. O cuidado do legislador se deu em respeito aos princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório, da ampla produção da prova, bem como do devido processo legal.³⁸⁶

O terceiro elemento estrutural da teoria das cargas probatórias dinâmicas diz respeito ao momento processual da dinamização. Toda discussão travada acerca do momento em que se dá a inversão do ônus da prova, longamente tratada no capítulo anterior do presente trabalho, aplica-se à dinamização do ônus da prova. Três são os principais momentos para se flexibilizar o ônus da prova: no despacho inicial, ao receber a ação e antes de a parte contrária oferecer resposta; no início da instrução processual, especificamente no despacho saneador; ou apenas na sentença. As divisões se fundam na divergência de entendimento acerca da natureza do ônus da prova, se é objetivo, regra de julgamento, ou se é subjetivo, regra de procedimento.

O Superior Tribunal de Justiça, quando decidiu sobre o assunto, evoluiu seu entendimento para optar pela tese subjetivista, de que a inversão do ônus da prova deve ser informada às partes em momento adiantado, ainda na instrução probatória, por se tratar de regra de comportamento das partes. Entretanto, caso o magistrado informe da inversão apenas na sentença, decidiu a Corte Superior que não é caso de nulidade do julgamento.

O Código de Processo Civil, seguindo a tendência da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, positivou a questão no caso da distribuição dinâmica. O artigo 357, III, do CPC, prevê que, na decisão de saneamento e de organização do processo, o magistrado deverá definir a distribuição do ônus da prova, observando

³⁸⁶ COUTO, Camilo José D'Ávila. *Ônus da prova no novo código de processo civil: dinamização: teoria e prática*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 158.

se será caso de dinamização. Assim, o legislador pacificou a questão do momento em que o juiz deverá informar às partes da distribuição dinâmica, no saneamento do processo.

A surpresa na distribuição do ônus da prova, fundamento de crítica à teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, foi suficientemente evitada pelo legislador pátrio ao determinar que a flexibilização da distribuição estática do ônus da prova deverá ser feita por meio de decisão fundamentada, proferida no momento do saneamento processual e respeitado o contraditório da parte sobre a qual recairá o encargo.

O legislador atuou diversamente do que foi feito na inversão do ônus da prova do Código de Defesa do Consumidor. Optou por estabelecer o momento em que deverá ser dinamizado o ônus da prova, em respeito ao modelo cooperativo do atual processo civil e ao devido processo legal. Extrai-se do texto legal que, em não havendo requerimento de dinamização nem o sendo feito de ofício, mantém-se a distribuição estática; em caso de dinamização, impõe-se a devida fundamentação do magistrado, que deverá indicar as razões que o motivaram, a quem incumbirá o ônus da prova e sobre quais fatos a dinamização recairá.³⁸⁷

Importante preservar o mecanismo de flexibilização do ônus da prova para que não sirva como prejulgamento da causa. As regras previstas na legislação para superar a alegação de surpresa pela parte servem à garantia constitucional do contraditório e devem ser plenamente observadas. A distribuição dinâmica do ônus da prova deve ser assentada nos valores da solidariedade, cooperação e boa-fé processuais para atingir sua finalidade de realizar justiça no caso concreto.³⁸⁸

O quarto elemento estrutural da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova são os limites de sua aplicação. A função de se imputar limites ao instituto é a de evitar o excesso que eventualmente poderá surgir do livre arbítrio do magistrado, eliminando o elemento consistente na mera vontade do julgador. Tais limites dizem respeito à atividade do magistrado, já que é o responsável pela aplicação da regra

³⁸⁷ MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi Medeiros. *Ônus da prova e sua dinamização*. Salvador: JusPODIVM, 2014. p. 234.

³⁸⁸ CAMBI, Eduardo. Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova): exegese do art. 373, §§ 1º e 2º do NCPC. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 246, p. 85-111, ago. 2015. p. 94-95.

de julgamento e da referida teoria, impedindo o cometimento de arbitrariedades e nulidades insanáveis.³⁸⁹

A doutrina divide os limites entre materiais e formais, os quais se confundem, em grande parte, com os próprios requisitos autorizadores de aplicação do instituto. Os limites materiais se relacionam com as condições das partes. O litigante onerado pelas cargas probatórias dinâmicas deve se encontrar em posição privilegiada quando ao fato gerador da controvérsia que se pretende comprovar em juízo, no sentido de ter aptidão para melhor produzir a prova cuja finalidade é a revelação da verdade, ou mesmo na hipótese de dispor do documento ou coisa que se pretende conhecer nos autos.³⁹⁰

A distribuição dinâmica do ônus, ainda quanto aos limites materiais, não serve simplesmente para solucionar a inércia ou inatividade processual das partes, mas sim para evitar o encargo de produção de prova diabólica para a parte inicialmente onerada. Todavia, a dinamização não deverá ocorrer se isso representar uma oneração excessiva que implique em prova diabólica para a parte contrária. Quem assumir o encargo deve deter melhores condições de produzir a prova que a parte inicialmente onerada.³⁹¹

Os limites formais são relacionados, conforme se infere da denominação, à forma que os atos deverão se dar. O juiz que pretende aplicar a distribuição dinâmica deverá fazê-lo por meio de decisão fundamentada, permitindo a manifestação das partes, inclusive oportunizando à parte onerada se desincumbir de tal encargo, o que deve ser feito antes da sentença, especificamente no momento do saneamento processual, sob pena de nulidade.³⁹²

Percebe-se que o legislador brasileiro estabeleceu o instituto da distribuição dinâmica nos moldes mais conservadores defendidos pela doutrina, criando um mecanismo de requisitos claros e limitadores materiais e formais que respeitam o

³⁸⁹ COUTO, Camilo José D'Ávila. *Ônus da prova no novo código de processo civil: dinamização: teoria e prática*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 180-181.

³⁹⁰ CAMBI, Eduardo. Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova): exegese do art. 373, §§ 1º e 2º do NCPC. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 246, p. 85-111, ago. 2015. p. 94.

³⁹¹ GARCIA, André Almeida. A distribuição do ônus da prova e sua inversão judicial no sistema processual vigente e no projetado. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 208, p. 91-124, jun. 2012. p. 100.

³⁹² BAZZANEZE, Thaís. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios: análise à luz do devido processo legal e do acesso à justiça. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 205, p. 55-87, mar. 2012. p. 69.

contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal. A possível surpresa que poderia ser alegada pela parte onerada resta insubsistente no modelo de instituto adotado no Brasil, em razão do momento processual que a lei possibilita a realização da dinamização, assim como pelo amplo contraditório oportunizado às partes. Optou-se por uma ferramenta segura e eficiente.

Demonstrou-se no tópico anterior do presente trabalho como se deve distribuir o ônus probatório nas relações de consumo travadas entre o profissional liberal e seu cliente. Inicialmente se verifica o cabimento da inversão do ônus da prova para, posteriormente, aplicar-se a distribuição estática e, no caso de preenchidos os requisitos legais, a distribuição dinâmica do ônus da prova. Após a apresentação do modelo brasileiro de distribuição dinâmica, com todos seus requisitos e limitadores, necessário se faz avaliar casos em que a aplicação do instituto se deu de forma correta.

O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR) julgou agravo de instrumento proveniente da 2ª Vara Cível da Comarca de Cascavel, interposto em face de decisão interlocutória do magistrado de piso, que em ação de indenização fundada em erro médico decidiu pela aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao caso, mas pelo não cabimento da inversão do ônus da prova fundado no artigo 6º, VIII, do CDC.³⁹³

A Corte de segundo grau manteve o entendimento de que não caberia a inversão do ônus da prova fundada no artigo 6º, VIII, do CDC, diante da complexidade dos fatos. Contudo, entendeu que, para a hipótese, seria possível se flexibilizar a distribuição estática do ônus da prova e aplicar a distribuição dinâmica do ônus da prova prevista no artigo 373, §1º, do CPC, com o intuito de se evitar ônus excessivo ou mesmo a produção da prova diabólica. Para tanto, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná determinou que o magistrado, no momento da instrução processual, avaliasse a aptidão de cada parte para produção da prova, o

³⁹³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Acórdão no Agravo de Instrumento n. 1.538.553-8*. Relator: Des. Luis Sérgio Swiech. Brasília, 6 out. 2016. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-PR/attachments/TJ-PR_AI_15385538_8f083.pdf?Signature=ct4iuGjD7VhKSzU3GF23Ke25Prg%3D&Expires=1561148101&AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO765VPOG&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=1ca719d94ce549000a932d3486d505ed. Acesso em: 21 jun. 2019.

que não implicou a inversão total do ônus da prova disciplinado pelo Código de Defesa do Consumidor.³⁹⁴

O magistrado de primeiro grau, ao decidir sobre a distribuição do ônus da prova, o fez por meio de decisão interlocutória, sendo assim, antes da sentença, cumprindo a determinação do Código de Processo Civil. Oportunizou o contraditório, tanto que houve interposição de agravo de instrumento ao Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. A Corte de segundo grau, por sua vez, decidiu que era caso de aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova, determinando que o magistrado de primeiro grau, ao realizar a instrução probatória, definisse qual prova ficaria a encargo de cada uma das partes.

O Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná ainda faz menção expressa à doutrina que defende a distribuição dinâmica nos casos de responsabilidade civil do profissional liberal, acatando sua aplicação. Decidiu pela não incidência da inversão do ônus da prova, por acarretar a redistribuição total do ônus probatório, e optou por medida mais branda, consubstanciada nas cargas probatórias dinâmicas, na qual o magistrado especificaria quais provas não seguiriam a distribuição da regra geral e quais se manteriam nos moldes da distribuição estática.

O Tribunal de Justiça de Pernambuco julgou a Apelação Cível n. 0513141-1, na qual se discutiu suposto erro médico em cirurgia de ligadura tubária, já que, meses após o procedimento, a paciente teria engravidado, o que deveria ter sido evitado pelo procedimento cirúrgico. O Desembargador relator afirmou que, compulsando os autos, percebeu que o procedimento de esterilização tubária nunca ocorreu, o que afastaria a responsabilidade do profissional liberal e do hospital. Deixou de aplicar a distribuição dinâmica do ônus da prova por entender que imputaria ao profissional liberal uma prova excessivamente difícil, já que a paciente

³⁹⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Acórdão no Agravo de Instrumento n. 1.538.553-8*. Relator: Des. Luis Sérgio Swiech. Brasília, 6 out. 2016. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-PR/attachments/TJ-PR_AI_15385538_8f083.pdf?Signature=ct4iuGjD7VhKSzU3GF23Ke25Prg%3D&Expires=1561148101&AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEA0765VPOG&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=1ca719d94ce549000a932d3486d505ed. Acesso em: 21 jun. 2019: “[...] Assim, acolho em parte as razões do recurso, para aplicar a teoria da carga dinâmica do ônus da prova, cabendo ao magistrado, na instrução processual, constatar quem é apto a produzir cada prova, não implicando em necessária inversão do ônus como bem decidiu o d. juízo originário na espécie.”

não trouxe aos autos qualquer prova de requerimento do procedimento de laqueadura, pelo contrário, tudo acostado ao processo demonstrou o contrário.³⁹⁵

Respeitados os requisitos e limites impostos pela lei, a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova traz mais justiça ao caso concreto, preservando a igualdade substancial das partes com eficiência e segurança, permitindo que seja buscada com maior facilidade a verdade real dos fatos no litígio entre o profissional liberal e seu consumidor. Verificada a maior facilidade do profissional liberal em produzir a prova, advinda de sua especialidade técnica na maioria das vezes, afastando-se a prova diabólica reversa, o magistrado deverá dinamizar a produção probatória por meio de decisão fundamentada a ser proferida no momento do saneamento processual, respeitando-se o contraditório à parte que sofrerá com o encargo.

³⁹⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça de Pernambuco. (1. Turma). *Acórdão na Apelação n. 5131141-1*. Relator: Des. Humberto Vasconcelos Júnior. Brasília, 20 maio 2019. Disponível em: <https://tj-pe.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/711027526/apelacao-apl-5131411-pe?ref=serp>. Acesso em: 21 jun. 2019.

CONCLUSÃO

A responsabilidade se confundiu, ao longo do tempo, com a própria noção de coletividade, moldando-se às exigências de cada sociedade. As sociedades primitivas se utilizavam da vingança coletiva (na qual o ofensor era punido pelos seus membros), que se transformou em vingança privada, caracterizada por uma reação imediata, selvagem brutal e desproporcional. Em razão da ineficiência do sistema de vinganças, surge a compensação econômica, inicialmente voluntária e depois obrigatória.

A culpa se torna, com a chegada da Idade Média, requisito essencial da responsabilidade, conceito absorvido pelas grandes Codificações do século XIX e revisto apenas à época do largo desenvolvimento alcançado pela Revolução Industrial, quando surgiu o conceito de Estado Social. Cria-se a Teoria do Risco, em contraposição à Teoria da Culpa, implementada no Brasil por meio do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil de 2002. Todavia, apesar do movimento de distanciamento da culpa por parte da Responsabilidade Civil, o profissional liberal continuou a ser uma categoria cuja responsabilidade é subjetiva.

A responsabilidade civil moderna passa por um processo de erosão de seus filtros. O ilícito passou a não ser mais requisito essencial para a responsabilização. A culpa e o nexo causal foram flexibilizados, facilitando sua comprovação por meio de teorias inovadoras. O dano foi estendido, para alcançar situações antes não abarcadas. A função principal da responsabilidade civil passou a ser a reparação da vítima. O olhar do aplicador do direito foi transportado da sanção do agente causador do dano para a reparação da vítima.

As relações de consumo precisam ser analisadas dentro do contexto atual da responsabilidade civil. A vulnerabilidade do consumidor, reconhecida pela legislação consumerista e derivada do princípio constitucional da igualdade, dificulta a reparação da vítima. A responsabilidade civil dos fornecedores é objetiva, sem verificação da culpa, com vistas a maior proteção do consumidor. Todavia, há uma exceção à regra geral, que é o caso de responsabilização do profissional liberal pelo fato do serviço, previsto no artigo 14, §4º, do CDC. Para essa categoria, a lei prevê responsabilidade subjetiva, mediante verificação da culpa.

Profissional liberal é o indivíduo que se distingue pelo exercício de uma profissão que exige conhecimento técnicos, atestados por diploma de nível superior, com independência intelectual e contratado pelo consumidor a partir da confiança pessoal. Justifica-se a responsabilização subjetiva do profissional liberal em razão das suas mencionadas características peculiares, especialmente a relação pessoal e de confiança com o consumidor e o seu menor poder econômico, se comparado com os demais fornecedores, linha seguida pelos demais países ocidentais.

O Código de Defesa do Consumidor, ao estabelecer que o profissional liberal deverá responder sob verificação da culpa, sustenta-se – corretamente - nas características próprias de tal fornecedor, todavia caminha no sentido contrário da erosão dos filtros da responsabilidade civil, dificultando a reparação do consumidor lesado. Resta acertada a opção do legislador pela responsabilidade subjetiva, todavia o respeito pela função reparadora da responsabilidade civil, como também pela vulnerabilidade do consumidor, induz a uma análise processual da questão, já que o profissional liberal se apresenta como especialista e detentor do conhecimento fruto da relação com seu consumidor, que por sua vez detém limitada cognição dos fatos.

O processo civil moderno se utiliza da constituição para dar sentido axiológico à sua aplicação, com vistas ao alcance da justiça almejada. Extrai-se da garantia constitucional do devido processo legal os princípios da ampla defesa e do contraditório. Ao se aplicar os referidos princípios, busca-se a concretização do processo justo, que terá seu fim alcançado ao se resguardar a paridade de armas, consubstanciada no princípio da isonomia, baseada na ideia de igualdade substancial das partes.

O direito à prova, que emana diretamente do devido processo legal e do acesso à justiça, é garantidor da almejada paridade de armas ao assegurar sua produção equânime pelas partes, que se dá com a aplicação de medida processual que supra suas diferenças. Para a hipótese prevista no artigo 14, §4º, do CDC, na qual há desigualdade material das partes, o direito processual deverá atuar com a finalidade de proporcionar paridade de armas às partes litigantes, superando suas desigualdades pelo tratamento condizente com a capacidade probatória de cada uma, o que poderá ser obtido com a correta distribuição do ônus da prova.

O sistema processual brasileiro fixa de maneira prévia sobre quem recairá o ônus da prova, nos termos do artigo 373, I e II, do CPC, que imputa ao autor o ônus quanto ao fato constitutivo de seu direito e ao réu o ônus quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, levando-se em consideração a posição processual da parte, a natureza do fato que pretende se provar e o interesse em provar o fato, em resposta à necessidade de segurança jurídica. A busca por um processo verdadeiramente justo, orientado pelo devido processo legal, pelo acesso à justiça, baseado na igualdade substancial das partes, que combata a desigualdade advinda da relação de direito material, serviu de fundamento para os casos de flexibilização da distribuição estática do ônus da prova.

O Código de Defesa do Consumidor previu, no artigo 6º, VIII, a inversão do ônus da prova quando preenchidos, alternativamente, um de seus requisitos: verossimilhança nas alegações ou hipossuficiente do consumidor. Consiste na flexibilização da distribuição estática do ônus da prova, alterando a repartição do encargo probatório, transmitindo ao autor a contraprova do que deveria ser demonstrado pelo réu, ou ao réu a contraprova do que deveria ser demonstrado pelo autor, sob pena de, ausente ou insuficiente o conjunto probatório dos autos, arcarem com um julgamento desfavorável aos seus interesses.

A doutrina e a jurisprudência criaram requisito diverso para inversão do ônus da prova nos processos que cuidam de fato do serviço do profissional liberal. Com base na natureza da obrigação, defendem que deve haver a inversão na hipótese de a obrigação contratada ser de resultado, enquanto não deve haver inversão no caso de a obrigação contratada ser de meio. Tal divisão gerou mais problemas que benefícios, em razão da dificuldade para se identificar a preponderância de uma espécie de obrigação sobre a outra, tratando-se de retórica com alto grau de subjetivismo.

O profissional liberal, como todos os fornecedores regulados pelo Código de Defesa do Consumidor, deve sofrer com a inversão do ônus da prova nos casos previstos pelo artigo 6º, VIII, do referido diploma legal. A inversão é direito subjetivo do consumidor, comprovando-se um dos dois requisitos da lei, mas não em razão da obrigação contratada ser de meio ou de resultado.

A distribuição dinâmica do ônus da prova, é hipótese de flexibilização do ônus da prova, cujo objetivo é realizar a distribuição do ônus probatório segundo as

circunstâncias do caso concreto para aquele que tiver melhores condições técnicas, profissionais ou fáticas de fazê-lo, desconsiderando-se a posição processual das partes, se autor ou réu, como também a natureza dos fatos, se constitutivo, modificativo, impeditivo ou extintivo.

O artigo 373, §1º, do CPC, é o permissivo legal para a aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova, que é diversa da inversão do ônus da prova prevista no 6º, VIII, do CDC. Ambos são casos de flexibilização do ônus da prova, mas com peculiaridades que os distingue.

Diferenciam-se pelos critérios legais de aplicação: os da inversão são a verossimilhança e a hipossuficiência, enquanto os da distribuição dinâmica são a impossibilidade ou excessiva dificuldade na produção probatória, ou a maior facilidade na obtenção do fato contrário; pelo âmbito de abrangência; a inversão é uma regra especial que tem por escopo facilitar a defesa de um direito material apenas consumerista, já a distribuição dinâmica é instituto de direito processual cuja incidência excede o direito consumerista; pela abrangência dos fatos: a inversão atinge todos os fatos, enquanto a dinamização pode atingir apenas fatos específicos; pelo seu princípio justificador: o da inversão é o acesso qualitativo à justiça, já o da dinamização é o princípio da cooperação, decorrente do princípio do contraditório.

Deve haver uma ordem de aplicação das regras de distribuição do ônus da prova. No caso de processo que trate de litígio consumerista, não há subsidiariedade do artigo 6º, VIII, do CDC, ao artigo 373, I e II, do CPC, apesar de este ser a regra geral da legislação processual. Primeiro se analisa se foram cumpridos os requisitos necessários à inversão do ônus da prova (hipossuficiência do consumidor ou verossimilhança das alegações). Caso não sejam devidamente demonstrados tais requisitos, aplica-se de forma complementar a regra geral do CPC (artigo 373, I e II). Na hipótese de surgimento dos requisitos da distribuição dinâmica (prova diabólica ou facilidade de obtenção da prova do fato contrário), afasta-se a aplicação da regra geral em favor da distribuição dinâmica (artigo 373, §1º, do CPC).

A aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova se justifica pela efetivação de diversos princípios e direitos fundamentais: acesso à justiça, efetividade do processo, direito fundamental à prova, superação da prova diabólica,

busca da verdade substancial, deveres de cooperação e lealdade, probidade, boa-fé, pacificação social e, principalmente, igualdade substancial das partes.

A distribuição dinâmica do ônus da prova é prevista em lei (artigo 373, §1º, do CPC); é útil, na medida em que, no caso de produção insuficiente de prova, imputa ao profissional liberal o ônus probatório, privilegiando o consumidor; respeita o princípio da isonomia; não ofende o devido processo legal, pois não há decisão surpresa para a parte, que terá seu contraditório preservado. Isso supera as principais críticas feitas à teoria.

A teoria da distribuição do ônus da prova apresenta quatro elementos estruturais fundamentais: os requisitos de sua aplicabilidade, o dever de informação do magistrado para as partes, o momento e os limites de sua aplicação.

O requisito principal para aplicação da teoria da distribuição dinâmica se perfaz na dificuldade ou na impossibilidade de produção de prova por uma das partes e maior facilidade de produção pela parte contrária, o que ocorre constantemente na relação jurídica travada entre o profissional liberal e seu consumidor. O dever de informação se perfaz na necessidade de decisão fundamentada do magistrado e da abertura do contraditório para as partes. O dever de informação é regra legal prevista no artigo 357, III, do CPC, que prevê o momento da dinamização como sendo o da decisão de saneamento e de organização do processo. Os limites dividem-se entre materiais e formais, confundindo-se com os próprios requisitos autorizadores de aplicação do instituto.

A aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova no processo havido entre o profissional liberal e seu consumidor, pelo fato do serviço, permite o exercício da justiça no caso concreto, entendida como aquela que preserva a igualdade substancial das partes com eficiência e segurança, atingindo a função reparadora da responsabilidade civil e protegendo o consumidor vulnerável diante de sua inferioridade.

REFERÊNCIAS

- AIRASCA, Ivana María. Reflexiones sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. In: PEYRANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori (coord.). *Cargas probatorias dinâmicas*. Santa Fé: Flubinzal-Culzoni, 2008. p. 125-153.
- ARENHART, Sérgio Cruz. *Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro*. Disponível em: https://www.academia.edu/305683/%C3%94nus_Da_Prova_E_Sua_Modifica%C3%A7%C3%A3o_No_Processo_Civil_Brasileiro. Acesso em: 20 mar. 2019.
- AUFIERO, Mario Vitor M. Dinamização do ônus da prova e o dever de custeá-la. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 273, p. 149-167, nov. 2017.
- BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro. O ônus da prova no direito processual civil e a sua inversão: a visão do STJ. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 233, p. 329-363, jul. 2014.
- BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- BAZZANEZE, Thaís. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios: análise à luz do devido processo legal e do acesso à justiça. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 205, p. 55-87, mar. 2012.
- BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *O direito do consumidor comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcelos. *Comentário ao Código de Proteção do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- BESSA, Leonardo Roscoe; LEITE, Ricardo Rocha. A inversão do ônus da prova e a teoria da distribuição dinâmica: semelhanças e incompatibilidades. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, n. 3, v. 6, dez. 2016.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- BÔAS, Regina Vera Villas. Marcos relevantes da história da responsabilidade civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 100, n. 908, p. 145-169, jun. 2011.
- BRASIL JUNIOR, Samuel Meira; CUNHA; Gabriel Sardenberg. Inversão do ônus da prova e o código de processo civil de 2015: retrato da distribuição dinâmica. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 283, set. 2018.
- BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 13 jun. 2017.

BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em: 12 jun. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3. Turma). Recurso Especial. *RESp 10.536-RJ*. Relator: Min. Dias Trindade. Brasília, 19 ago. 1991. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199100081779&dt_publicacao=19-08-1991&cod_tipo_documento=1&formato=PDF. Acesso em: 5 abr. 2019

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3. Turma). Recurso Especial. *REsp. 81.101/PR*. Relator: Min. Waldemar Zveiter. Brasília, 13 abr. 1999. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199500631709&dt_publicacao=31-05-1999&cod_tipo_documento=&formato=PDF. Acesso em: 2 abr. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3. Turma). Recurso Especial. *RESp 1.395.254/SC*. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 15 out. 2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=obriga%E7%E3o+de+resultado+e+invers%E3o+do+%F4nus+da+prova&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>. Acesso em: 2 abr. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (4. Turma). Recurso Especial. *RESp 768239-MT*. Relator: Min. Raul Araújo. Brasília, 24 fev. 2016. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/329274269/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-768239-mt-2015-0205492-5?ref=serp>. Acesso em: 5 abr. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Acórdão no Recurso Especial n. 1.729.110/CE*. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 4 abr. 2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1807312&num_registro=201800543970&data=20190404&formato=PDF. Acesso em: 30 maio 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Acórdão no Recurso Especial n. 1.286.704/SP*. Relatora: Min. Nancy Andrighi. DJ, Brasília, 28 out. 2013. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1275620&num_registro=201102426968&data=20131028&formato=PDF. Acesso em: 9 jun. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo em Recurso Especial n. 1.344.729/PR*. Relatora: Min. Maria Isabel Gallotti. Brasília, 24 set. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial. *AREsp 1105768 DF 2017/0118300-5*. Relator: Min. Raul Araújo. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/633531374/agravo-em-recurso-especial-aresp-1105768-df-2017-0118300-5/decisao-monocratica-633531390?ref=serp>. Acesso em: 15 jul. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 1.478.062/SP*. Relator: Min. Raul Araújo. Brasília, 15 dez. 2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACOR&livre=@cdoc=%271590363%27>. Acesso em: 31 mar. 2019

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp 967.623/RJ*. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 16 abr. 2009. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3697235&num_registro=200701596096&data=20090629&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 4 abr. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp 1235467/RS* 2011/0026998-1. (2. Turma.). Processual civil e ambiental. Ação civil pública. Responsabilidade civil ambiental[...]. Relator: Min. Herman Benjamin. Brasília, 20 ago. 2013. Disponível em: <https://www.portaljustica.com.br/acordao/1976063>. Acesso em: 15 jul. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp 1478062*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACOR&livre=@cdoc=%271590363%27>. Acesso em: 31 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp 1533169 SC* 2012/0096012-8. Relator: Min. Lázaro Guimarães [Desembargador convocado do TRF 5ª Região]. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/547023458/recurso-especial-resp-1533169-sc-2012-0096012-8?ref=serp>. Acesso em: 15 jul. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (2. Turma). *Agravo em Recurso Especial n. 1.135.876/RS*. Relator: Min. Assusete Magalhães. Brasília, 9 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Pleno). *Recurso Extraordinário n. 130.764/PR*. Relator Min. Carlos Velloso. Brasília, 24 abr. 1995. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1507614>. Acesso em: 23 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Pleno). *Recurso Extraordinário n. 88.407/PR*. Relator Min. Thompson Flores. Brasília, 6 mar. 1981. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14694418/recurso-extraordinario-re-88407-rj>. Acesso em: 23 jun. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Acórdão na Apelação n. 0014206*. Relator Des. Newton Teixeira Carvalho. Brasília, 2 dez. 2016. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-MG/attachments/TJ-MG_AC_10118110014206001_59736.pdf?Signature=VAPFCtZPqrr8bqf7Zm1TJI%2BWXAM%3D&Expires=1558967412&AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEA0765VPOG&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=d2ffa0b6e11182b19eac070cc858a492. Acesso em: 27 maio 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Pernambuco. (1. Turma). *Acórdão na Apelação n. 5131141-1*. Relator: Des. Humberto Vasconcelos Júnior. Brasília, 20 maio 2019. Disponível em: <https://tj-pe.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/711027526/apelacao-apl-5131411-pe?ref=serp>. Acesso em: 21 jun. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Fato do produto e do serviço, *Jurisprudência em foco*. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/consultas-processos-fisicos/jurisprudencia/jurisprudencia-em-foco/cdc-na-visao-do-tjdft-1/responsabilidade-civil-no-cdc/fato-do-produto-e-do-servico>. Acesso em: 4 abr. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Vício do produto. *Jurisprudência em foco*. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/consultas-processos-fisicos/jurisprudencia/jurisprudencia-em-foco/cdc-na-visao-do-tjdft-1/responsabilidade-civil-no-cdc/vicio-do-produto-e-do-servico-1/vicio-do-produto>. Acesso em: 4 abr. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Vício do serviço. *Jurisprudência em foco*. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/consultas-processos-fisicos/jurisprudencia/jurisprudencia-em-foco/cdc-na-visao-do-tjdft-1/responsabilidade-civil-no-cdc/vicio-do-produto-e-do-servico-1/vicio-do-servico>. Acesso em: 4 abr. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. *Acórdão na Apelação n. 201600728545*. Relator: Des. Roberto Eugenio da Fonseca Porto. Brasília, 21 fev. 2017. Disponível em: http://www.tjse.jus.br/tjnet/jurisprudencia/relatorio.wsp?tmp_numprocesso=201600728545&tmp_numacordao=20172779&tmp.expressao=AGRAVO%20DE%20INSTRUMENTO%20INVERS%C3%83O%20DO%20%C3%94NUS%20DA%20PROVA%20VULNERABILIDADE%20E%20HIPOSSUFICI%C3%84NCIA%20T%C3%89CNICA%20DISTRIBUI%C3%87%C3%83O%20DIN%C3%82MICA%20DO%20%C3%94NUS%20DA%20PROVA%20INVERS%C3%83O. Acesso em: 30 maio 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Acórdão no Agravo de Instrumento n. 1.538.553-8*. Relator: Des. Luis Sérgio Swiech. Brasília, 6 out. 2016. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-PR/attachments/TJ-PR_AI_15385538_8f083.pdf?Signature=ct4iuGjD7VhKSzU3GF23Ke25Prg%3D&Expires=1561148101&AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEA0765VPOG&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=1ca719d94ce549000a932d3486d505ed. Acesso em: 21 jun. 2019.

BULGARELLI, Waldírio. *Questões contratuais no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 1993.

BURGARELLI, Aclibes. *Tratado das provas cíveis: ilustrações doutrinárias e jurisprudenciais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 3. ed. rev., ampl. e atual. conforme o Código Civil de 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A culpa na responsabilidade civil: estrutura e função*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CAMBI, Eduardo. Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova): exegese do art. 373, §§ 1º e 2º do NCPC. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 246, p. 85-111, ago. 2015.

CARPES, Artur Thompsen. *Ônus da prova no novo CPC: do estático ao dinâmico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

CASILO, João. *Dano à pessoa e sua indenização*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

CATALAN, Marcos. *A morte da culpa na responsabilidade contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CAVALCANTE, Lara Capelo. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana como fundamento da produção da existência em todas as suas formas*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Fundação Edson Queiroz, Fortaleza-CE, 2007. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp049145.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2019.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CLÁPIS, Alexandre Laizo. Obrigações de meio, de resultado e de garantia. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 10, n. 39, p. 9-42, jul/set. 2009.

COUTO, Camilo José D'Ávila. *Ônus da prova no novo código de processo civil: dinamização: teoria e prática*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

CREMASCO, Suzana Santi. *A distribuição dinâmica do ônus da prova*. Rio de Janeiro: GZ, 2009.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Profissão liberal: enciclopédia Saraiva do direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. n. 62.

CRUZ, Gisela Sampaio. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CURY, Augusto Jorge. Decisão sobre ônus da prova: o momento adequado à sua inversão judicial. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 277, p. 79-110, mar. 2018.

DAVID, Tiago Bitencourt de. Da culpa ao nexo causal: o caráter valorativo do juízo de causalidade e as (de) limitações da responsabilidade objetiva. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 17, ano 5, p. 87-104, out./dez. 2018.

DEDA, Artur Oscar de Oliveira. *A prova no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2006.

DEMOGUE, René. *Traité des obligations en general*. Paris: Arthur Rousseau, 1925. t. 5.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao consumidor: conceito e extensão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 70.

EBERLIN, Fernando Büscher Von Teschenhausen. *O tratamento jurídico da publicidade na sociedade de consumo*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2009.

ESPAÑA. *Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>. Acesso em: 10 jun. 2019.

FAGUNDES, Higor. *Direito probatório: perspectiva da distribuição dinâmica do ônus da prova*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova fronteira, 1999.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. *Pequeno dicionário brasileiro da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Editora Nacional, 1985.

FRAZÃO, Ana. Pressupostos e funções da responsabilidade civil subjetiva na atualidade: um exame a partir do direito comparado. *Rev. TST*, v. 77, n. 4, out./dez. 2011. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/28339/001_frazao.pdf?sequence=4. Acesso em: 9 abr. 2019.

FRIEDE, Reis. Do princípio constitucional do contraditório: vertentes material e formal à luz da evolução jurisprudencial e legislativa do regramento processual civil. *Justitia*, São Paulo, v. 70/72, n. 204/206, p. 217- 230, jan./dez. 2013/2015. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Justitia%20n.204-206.13.pdf. Acesso em: 15 jul. 2019.

GARCIA, André Almeida. A distribuição do ônus da prova e sua inversão judicial no sistema processual vigente e no projetado. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 208, p. 91-124, jun. 2012.

GARCIA, André Almeida. *Prova civil*. São Paulo: Saraiva, 2009.

GARCIA, André Almeida. A distribuição do ônus da prova e sua inversão judicial no sistema processual vigente e no projetado. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 208, jun. 2012.

GIUSTINA, Vasco Della. *Responsabilidade civil dos grupos*. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Elementos de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GONÇALVES, Fábio Antunes. A natureza jurídica da reparação dos danos à pessoa humana: da compensação aos danos punitivos. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, ano 18, v. 78, p. 145-168, jun. 2017.

GUGLIELMI, Guilles J. *Les très grandes décisions du droit administratif: recueil de décisions juridictionnelles*. Paris: Université Pantéon-Assas, 2009. Disponível em <https://www.guglielmi.fr/IMG/pdf/TGD.09.pdf>. Acesso em: 7 abr. 2019.

GUIMARÃES, Luiz Ricardo. *Responsabilidade civil: histórico e evolução: conceitos e pressupostos. culpabilidade e imputabilidade*. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/19911/Responsabilidade%20C%C3%ADvil.pdf>. Acesso em: 14 set. 2018.

HIGINO NETO, Vicente. *Ônus da prova: teoria da redução do módulo da prova e das provas dinâmicas e compartilhadas*. Curitiba: Juruá, 2010.

JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1995.

KARAM, Munir. Ônus da prova: noções fundamentais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 17, p. 50-60, jan. 1980.

KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria e responsabilidade civil em gineco-obstetrícia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LEITE, Ricardo Rocha. *O ônus da prova no CDC: diversidade, falsa inversão e redução de exigências para produção e valoração probatórias*. Brasília: TJDF, 2018.

LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2. ed. São Paulo: RT, 1999.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; FANECO, Livia Carvalho da Silva. Inversão do ônus da prova no CDC e a inversão procedimental no projeto de novo CPC: distinção entre institutos afins. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 91, p. 309-335, jan./fev. 2014.

LOBO, Eugênio Roberto Haddock. A conceituação do profissional liberal ao correr dos tempos. *Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1994.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Responsabilidade civil dos profissionais liberais e o ônus da prova. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 26. p. 159-165, jun. 1998.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Responsabilidade civil do fabricante e a defesa do consumidor*. São Paulo: RT, 1992. v. 3.

MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi Medeiros. *Ônus da prova e sua dinamização*. Salvador: JusPODIVM, 2014.

MACHADO, Marcelo Pacheco. Ônus estático, ônus dinâmico e inversão do ônus da prova: análise crítica do projeto de novo código de processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 208, p. 295-316, jun. 2012.

MARCHI, Cristiane de. A culpa e o surgimento da responsabilidade objetiva: evolução histórica, noções gerais e hipóteses previstas no código civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 964, p. 216-217, fev. 2016.

MARINANGELO, Rafael. Um panorama histórico sobre a evolução da responsabilidade civil objetiva. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, v. 33, p. 55-96, jun. 2014.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

MARQUES, Silvina Pereira. La carga de la prueba de la culpa profesional médica. In: PEYRANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori (coord.). *Cargas probatórias dinâmicas*. Santa Fé: Flubinzal-Culzoni, 2008. p. 479-507.

MARTINS-COSTA, Judith. Os Fundamentos da responsabilidade civil. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, ano 15, v. 93, p. 29-52, out. 1991.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o direito brasileiro). *Revista CEJ*. Brasília, n. 28, p. 15-32, jan./mar. 2005. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12057-12057-1-PB.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2019.

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. (1ª Câmara Cível). *Apelação Cível n. 0009529-84.2010.8.12.0001*. Relator Des. Marcelo Câmara Rasslan. Brasília, 7 maio 2015. Disponível em: <https://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/204906266/apelacao-apl-95298420108120001->

ms-0009529-8420108120001/inteiro-teor-204906310?ref=serp. Acesso em: 25 jun. 2019.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. *Enap Revista do Serviço Público*, São Paulo, v. 39, n. 4, p. 63-78, 7 out, 2010 [artigo originalmente publicado em 1982]. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/2239/1160>. Acesso em: 26 jun. 2019.

MELO, Nehemias Domingos de. *Responsabilidade civil por erro médico: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MIGUEL, Frederico de Ávila. *Responsabilidade civil: evolução e apanhado histórico: a problemática da efetiva reparação do dano suportado pela vítima em razão da culpa como pressuposto*. Disponível em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/280207.pdf>. Acesso em: 9 out. 2018.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Responsabilidade civil médica no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 63, p. 52-91, jul./set. 2007.

MOLTOCARO, Thaiane Martins; TAMAOKI, Fabiana Junqueira. *Responsabilidade civil: da evolução histórica ao estudo do dano moral*. Disponível em: <https://periodicosonline.uems.br/index.php/RJDSJ/article/viewFile/678/644>. Acesso em: 12 out. 2018.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Problemas de responsabilidade civil do Estado. In: FREITAS, Juarez de. *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 38-63.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. À guisa de introdução: o multifacetado conceito de profissional liberal. In: MORAES, Maria Celina Bodin de; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (org.). *Responsabilidade civil do profissional liberal*. Rio de Janeiro: Gen Forense, 2016. p. 1-30.

MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 22, p.135-149, abr./ jun. 1997.

NASCIMENTO, Tupirambá Miguel Castro do. *Comentários ao Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

NOGUEIRA, Lavyne Lima. Responsabilidade civil do profissional liberal perante o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 40, p. 199-226, out./dez. 2001.

NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 88, v. 761, p. 31-44, mar. 1999.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NORONHA, Fernando. O nexo de causalidade na responsabilidade civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 92, n. 816, p. 733-752, out. 2003.

NORONHA, Fernando. Responsabilidade civil: uma tentativa de ressystematização: responsabilidade civil em sentido estrito e responsabilidade negocial; responsabilidade subjetiva e objetiva; responsabilidade subjetiva comum ou normal, e restrita a dolo ou culpa grave; responsabilidade objetiva normal e agravada. *Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil*, São Paulo, v. 1, p. 145-195, out. 2011.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material: arts. 1.º a 54. São Paulo: Saraiva, 2000.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. Curso de direito do consumidor. 2. ed. rev., mod. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2002.

OLIVEIRA, Ana Paula Cazarini Ribas de. A “culpa” e a evolução da responsabilidade civil. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 19, n. 88, p. 81-95, abr. 2018.

OLIVEIRA, Júlia Costa de. Responsabilidade contratual e extracontratual, uni-vos?: comentários ao Recurso Especial n.º 1.281.594/SP. *Civilística.com*, ano 7, n. 1, 2018. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2018/05/Oliveira-civilistica.com-a.7.n.1.2018.pdf>. Acesso em: 5 mar. 2019.

OLIVEIRA, Marcelo Leal de Lima. *Responsabilidade civil odontológica*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

PACI, Maria Fernanda. Princípios constitucionais informadores do código de defesa do consumidor e a relação consumerista. *ÂmbitoJurídico.com.br*, Consumidor, Rio Grande, 2019. Disponível em: http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17716. Acesso em: 28 mar. 2019.

PEDRON, Flávio Quinaud; FERREIRA, Isadora Costa. O ônus da prova dinâmico no código de processo civil de 2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 285, p. 121-156, nov. 2018.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 2.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 3

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

PÉREZ DE LEAL, Rosana. *Responsabilidad civil del médico*. Buenos Aires: Universidad, 1995.

PEYRANO, Jorge W. La doctrina de las cargas probatorias dinámicas y la máquina de impedir em material jurídica. In: PEYRANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori (coord.). *Cargas probatórias dinâmicas*. Santa Fé: Flubinzal-Culzoni, 2008. p. 75-99.

PEYRANO, Jorge W. Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas. In: PEYRANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori (coord.). *Cargas probatórias dinâmicas*. Santa Fé: Flubinzal-Culzoni, 2008. p. 19-25.

PEYRANO, Jorge W. Informe sobre la doctrina de las cargas probatórias dinâmicas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 217, p. 205-224, mar. 2013.

PEYRANO, Marcos L. La teoria de las 'cargas probatorias dinámicas' em la flamante ley de enjuiciamiento civil española (Lei 1/2000). In: PEYRANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori (coord.). *Cargas probatórias dinâmicas*. Santa Fé: Flubinzal-Culzoni, 2008. p. 179-197.

PINTO, Henrique Alves. A vulnerabilidade do consumidor e a ótica subjetiva do Intérprete. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 110, p. 43-57, mar./abr. 2017.

PIRES, Cristiane Pedroso. *Distribuição dinâmica do ônus da prova*. Dissertação (Mestre em Direito) - Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2014. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-11022015-145626/>. Acesso em: 26 jun. 2019.

PORTUGAL. *Código Civil Português*: atualizado até à Lei 59/99, de 30 jun. Disponível em: https://www.cascais.pt/sites/default/files/anexos/gerais/codigo_civil_atualizado_ate_a_lei_59_99_.pdf. Acesso em: 20 jun. 2019.

PRUX, Oscar Ivan. *Responsabilidade civil do profissional liberal no Código de Defesa do Consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

PRUX, Oscar Ivan. Um novo enfoque quanto à responsabilidade civil do profissional liberal. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 19, p. 204, jul. 1996.

REIS, Clayton. *Os novos rumos da indenização do dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

REIS, Iuri Ribeiro Novais dos. O princípio da vulnerabilidade como núcleo central do Código de Defesa do Consumidor. *Revista dos Tribunais*. v. 956, p. 89-114, jun. 2015.

REPÚBLICA ARGENTINA. Ley n.º 24.240, de Setiembre 22 de 1993. *Normas de Protección y Defensa de los Consumidores*. Disponível em: <http://www.ley24240.com.ar/>. Acesso em: 31 mar. 2019.

RIBEIRO, Débora; NEVES, Flávia. *Dicionário online de português*. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/responsabilidade/>. Acesso em: 10 dez. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. (12. Câmara Cível). *Acórdão na Apelação n. 70079966263*. Relator: Des. Umberto Guaspari Sudbrack. Brasília, 27 maio 2019. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/713555006/apelacao-civel-ac-70079966263-rs?ref=serp>. Acesso em: 1 jun. 2019.

ROCHA, Maria Vital da; MENDES, Davi Guimarães. Da indenização punitiva: análise de sua aplicabilidade na ordem jurídica brasileira. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 12, ano 4, p. 211-252, jul./set. 2017.

RUTHES, Astrid Maranhão de Carvalho. *Ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

SANSONE, Priscila David. A inversão do ônus da prova na responsabilidade civil. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, ano 10, v. 40, p. 129-169, out./dez. 2001.

SANTOS, Adrianna de Alencar Setubal; VASCONCELOS, Fernando Antônio de. Novo paradigma da vulnerabilidade: uma releitura a partir da doutrina. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 116, p. 19-49, mar./abr. 2018.

SANTOS, Igor Raatz dos. Processo, igualdade e colaboração os deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio como meio de redução das desigualdades no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n. 192, p. 47- 80, fev. 2011.

SANTOS, Marcelo H. G. Rivera M. Releitura da responsabilidade civil em cirurgia estética à luz do novo CPC: obrigação de meio e não de resultado. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 982, p. 53-86, ago. 2017.

SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. A inversão do ônus da prova: como garantia constitucional do devido processo legal. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SCHWARTZ, Victor E.; KELLY, Kathryn; PARTLETT, David F. *Prosser, Wade and Schwartz's torts: cases and materials*. 7. ed. New York: Foundation Press, 1982.

SEIXAS, Renato. O princípio da isonomia e a relação jurídica de consumo na legislação argentina e brasileira. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. v. 10, p. 299-333, jul./dez. 2002.

SÉLLOS-KNOERR, Viviane Coêlho de. Responsabilidade do fornecedor pelo fato do serviço no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 11, p. 128-143, jul./set. 1994.

SÉLLOS-KNOERR, Viviane Coêlho de. Responsabilidade do profissional liberal pelo fato do produto e do serviço. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 10, p. 6-232, abr. 1994.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO MÉDICO E BIOÉTICA. Paraná lidera condenações por erro médico. 27 fev. 2015. Disponível em: <http://anadem.org.br/site/parana-lidera-condenacoes-por-erros-medicos/>. Acesso em: 20 fev. 2017.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: RT, 2007.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexo de causalidade. *Revista Jurídica*, São Paulo, v. 50, n. 296, p. 7-18, jun. 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano moral*. 4. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

URUGUAI. *Ley 15.982, 18 de octubre de 1988. Se aprueba el Código del Proceso*. Disponível em: <https://iberred.org/sites/default/files/cdigo-procesal-civiluruguay.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019.

VALLEJOS, Juan Carlos. Cargas probatorias dinâmicas, aproximaciones conceptuales: especial referencia a la culpa médica. In: PEYRANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori (coord.). *Cargas probatorias dinâmicas*. Santa Fé: Flubinzal-Culzoni, 2008. p. 455-479.

VASCONCELOS, Fernando Antônio de. *Responsabilidade do profissional liberal nas relações de consumo*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

VENOSA, Silvio de Salvo. Aspectos da responsabilidade médica. In: DOCUMENTOS BÁSICOS DO CONGRESSO INTERNACIONAL DE RESPONSABILIDADE CIVIL. Blumenau, 1995. p. 209-218.

VIEIRA, Lara Fernandes. *A tutela jurídica do consumidor superendividado à luz do princípio da dignidade da pessoa humana*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Ceará. Fortaleza. 2013.

WALD, Arnoldo. A evolução da responsabilidade civil e dos contratos no direito francês e brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 95, n. 845, p. 81-94, mar. 2006.

WHITE, Inés Lépori. Cargas probatorias dinâmicas. In: PEYRANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori (coord.). *Cargas probatorias dinâmicas*. Santa Fé: Flubinzal-Culzoni, 2008. p. 35-75.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Considerações sobre a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 205, p. 115-158, mar. 2012.

ZANETI, Paulo Rogério. *Flexibilização das regras sobre o ônus da prova*. São Paulo: Malheiros, 2011.

ZOLANDECK, João Carlos Adalberto. *Ônus da prova no direito processual constitucional civil e no direito do consumidor*. Curitiba: Juruá, 2005.